

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE
BACHARELADO EM DIREITO

PATRÍCIA RIBEIRO ROZA

**SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO: EVOLUÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Aracaju
2016

PATRÍCIA RIBEIRO ROZA

**SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO: EVOLUÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do Curso de Bacharel em Direito pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE.

Orientador:

Prof.Esp. José Carlos Santos.

Aracaju

2016

PATRÍCIA RIBEIRO ROZA

SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO: EVOLUÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO

Monografia apresentada como
requisito parcial à Comissão
Julgadora do Curso de Bacharelado
em Direito pela Faculdade de
Administração e Negócios de
Sergipe- FANESE.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. José Carlos Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Me. Daniela Lima Barreto
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Esp. José Maximino dos Santos Filho
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Samara, Ester e Felipe, meus filhos...
Por toda compreensão, força e tolerância
que tiveram ao longo desses 5 anos.
Souberam entender as minhas horas de
ausência e torceram muito para que eu
me tornasse uma Bacharela em Direito.
Vocês me ensinam a cada dia, que vale
à pena viver. Minha herança, meu
orgulho, meus amores!

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente e sempre, a **Deus**, o meu orientador e capacitador, que me instruiu na escolha deste tema tão delicado ainda no meio religioso e que me deu forças e sabedoria para desenvolvê-lo. A Ele, toda a honra.

Aos **professores** do Curso de Direito da Fanese, que me formaram nesta profissão tão brilhante, quanto árdua. Tão queridos, dedicados, incansáveis.

Ao meu orientador **Professor José Carlos** pelo suporte, dedicação e principalmente compreensão a este trabalho acadêmico. Muito obrigado pelas suas orientações e incentivos.

Àquela que me ensinou e me educou com princípios e valores cristãos éticos e humanos, **Maria Auxiliadora** (in memoriam).

Ao meu pai, Dr. **Edson José Roza** (in memoriam), Engenheiro Civil de formação e Professor por amor. Exemplo de caráter e honestidade, ensinou-me que nas horas mais difíceis da vida, a calma e a tranquilidade são essências para o equilíbrio mental, familiar e profissional.

Ao meu irmão **Edson Junior** e minha irmã **Cristiane Ribeiro**, mesmo à distancia vocês foram meu descanso, renovo e desabafo nas incontáveis horas de conversas pelo telefone. Amo vocês!

A minha tia **Edwirges Ribeiro**, que sempre lutou, ajudou e orientou nessa trajetória, agradecimento é muito pouco para todo o seu esforço, só Deus para recompensar.

A minha sobrinha **Samya Roza**, que me sustentou com suas orações, ajudou no cuidado com meus filhos e foi todo o meu suporte em casa.

Aos queridos **colegas e amigos** das salas de aula e corredores acadêmicos, que muitas vezes me ajudaram nos trabalhos, nas orientações para as provas ou simplesmente para um bate papo tomando um “cafezinho” na lanchonete da faculdade, para aliviar a tensão das aulas e obrigações do dia a dia.

E a todos que de alguma forma fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada.

“É triste mas ao mesmo tempo é bacana perceber que o fim do amor, não é o fim da vida, é o fim de uma história e outras inúmeras histórias acontecem depois daquela.”

*Andréa Pachá
Juíza de Direito das Famílias*

RESUMO

A separação e o divórcio são direitos fundamentais potestativos assegurados a todo indivíduo. O presente estudo tem por objetivo analisar a evolução jurídica dos institutos da separação e do divórcio no Brasil. Foram realizadas pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais. Foi demonstrado o avanço legislativo e jurídico em relação à disciplina dos institutos do casamento, separação e do divórcio, desde o período Imperial até à configuração social e jurídica atual. As conclusões são no sentido de que apesar da divergência doutrinária acerca da manutenção do instituto da separação no ordenamento jurídico brasileiro, os posicionamentos doutrinários com base numa interpretação principiológica, defendem que a Emenda Constitucional nº 66/2010 pôs fim àquele, sendo o divórcio a única hipótese legal de dissolução do casamento, de modo a garantir o dogma constitucional da dignidade da pessoa humana. Apontou-se o levantamento e comparativo dos divórcios e separações ocorridos na 24ª Vara Cível da Comarca de Aracaju/SE nos anos de 2009 e de 2015.

Palavras Chave: Casamento. Separação. Divórcio. Evolução jurídica.

ABSTRACT

Separation and divorce are potestative fundamental rights guaranteed to every individual. This study aims to analyze the evolution of legal separation and divorce institutes in Brazil. bibliographical and jurisprudential research has been done. It has been shown the legislative and legal progress in relation to the discipline of marriage institutes, separation and divorce, from the Imperial period to the current social and legal setting. The findings are in the sense that despite doctrinal disagreement about maintaining the separation of the institute in the Brazilian legal system, the doctrinal positions based on a principled interpretation argue that the Constitutional Amendment 66/2010 put an end to that, being the only divorce Legal possibility of dissolution of marriage, in order to ensure the constitutional doctrine of human dignity. He pointed to the survey and comparison of divorces and separations occurred in the 24th Cível Court of the District of Aracaju / SE in 2009 and 2015.

Key word: Marriage. Separation. Divorce. legal developments.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 CASAMENTO NO BRASIL	17
2.1 Evolução Histórica.....	17
2.2 Conceito.....	22
2.3 Natureza Jurídica	24
2.4 Eficácia do casamento.....	25
2.4.1 Efeitos Jurídicos	25
2.4.2 Direitos e Deveres	27
3 DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL E DO VÍNCULO MATRIMONIAL	32
3.1 Considerações Gerais	32
3.2. Escorço Histórico Evolutivo da Dissolução do Casamento	33
3.2.1 Introdução no Código Civil de 1916 – Lei 3.071/16	35
3.2.2 Emenda Constitucional nº 9/1977 – Lei do Divórcio	37
3.2.3 Mudanças elencadas na Constituição Federal de 1988.....	39
3.3.3 Das Causas Terminativas – Código Civil – 2002.....	40
4 DIVÓRCIO E SEPARAÇÃO EXTRAJUDICIAIS-LEI 11.441/2007	47
4.1 Simplificação do Divórcio.....	47
4.2 Aspectos Gerais da Lei	50
4.3 Requisitos Para a Realização	51
4.4 Espécies.....	56
4.4.1 Separação extrajudicial	56
4.4.2 Divórcio por conversão ou divórcio indireto.....	56
4.4.3 Divórcio direto extrajudicial.....	57
5 DIVÓRCIO E SEPARAÇÃO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010 58	
5.1 Principais Mudanças - Uma Reflexão Constitucional.....	58
5.1.1 Impacto no Instituto da Separação – Divergências Doutrinárias.....	61

5.2 Separação de Corpos e de Fato	64
5.3 Do Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105 de Março de 2015 – Das Ações de Família.....	64
5.4 Espécies de divórcio atualmente	66
5.4.1 Divórcio Judicial Consensual.....	67
5.4.2 Divórcio Contencioso.....	68
6 LEVANTAMENTO E COMPARATIVO DAS SEPARAÇÕES E DIVÓRCIOS OCORRIDOS NA 24ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE ARACAJU/SE NOS ANOS DE 2009 E 2015.....	69
6.1 Considerações finais.....	70
7 CONCLUSÃO	71
APÊNDICE.....	73
REFERÊNCIAS.....	74

1 INTRODUÇÃO

O conjunto de normas que regula a estrutura básica da família é o Direito das Famílias. Trata-se do ramo do Direito que mais demanda do legislador uma oxigenação das leis, em razão da constante evolução social do seu objeto jurídico, qual seja, as famílias.

O regramento jurídico da família não pode insistir, em pernicioso teimosia no obsessivo ignorar das profundas modificações culturais e científicas, petrificado, mumificado e cristalizado em um mundo irreal, ou sofrerá do mal da ineficácia. A família é tanto uma estrutura pública como uma relação privada, pois identifica o indivíduo como integrante do vínculo familiar e também como partícipe do contexto social. O direito das famílias, por dizer respeito a todos os cidadãos, revela-se como o recorte da vida privada que mais se presta às expectativas e mais está sujeito a críticas de toda sorte (DIAS, 2015, p. 31).

O Direito das Famílias mudou significativamente ao longo dos tempos. Com essa premissa, para se compreender a nova roupagem conferida à separação e ao divórcio, desde o momento em que foram instituídos até os dias atuais, necessária se faz uma investigação histórica e jurídica em relação a estes institutos. Deste modo, compreendendo-se a influência da política, da economia, da cultura e da sociedade poder-se-á apreender o *mens legis* em relação a cada fase do cenário social em que se fez necessária a alteração legislativa no campo da separação e do divórcio, a fim de que o Direito não congelasse, mas acompanhasse o fato social.

Talvez um dos momentos mais sensíveis na vida do ser humano é o da quebra do vínculo matrimonial. Quando desaparece o compromisso da cooperação afetiva, por qualquer motivo contrário à relação, que não interessa a terceiros ou até mesmo ao Estado, surge para cada cônjuge, o direito de desfazer a união matrimonial. Contudo, insta salientar que o Estado, enquanto titular do Poder Regulamentar, deve editar normas para disciplinar o Direito das Famílias, desde que não ultrapasse o limite do âmbito de privacidade e intimidade das relações conjugais.

Os institutos que serão analisados, quais sejam, a separação e o divórcio, são inerentes ao casamento, ou seja, não pode haver separação judicial ou divórcio se um dia não existiu o casamento. Vislumbra-se, à vista disso, uma relação de causa e consequência.

De acordo com o regramento da legislação atual, qualquer indivíduo, desde que atingida a idade legal mínima para contrair núpcias, que de acordo com o artigo 1.517, do Código Civil, é de 16 (dezesesseis anos), exigindo-se ainda nesta hipótese, a autorização de ambos os pais ou representantes legais, enquanto não se atingir a maioridade civil, ressalvados, em todos os casos, os impedimentos do artigo 1.521, do Código Civil e as causas de suspensão elencadas no artigo 1.523, deste mesmo diploma legal. Vale ressaltar ainda que o artigo 1.520, do Código Civil aponta de forma excepcional duas hipóteses em relação às quais a lei autoriza a celebração do casamento para pessoas que ainda não atingiram a idade núbil, quais sejam: para evitar imposição ou cumprimento de pena ou em caso de gravidez. Destaque-se que o artigo 107, incisos VII e VIII, do Código Penal, que previa a extinção da punibilidade pelo casamento da vítima, em relação aos crimes contra a dignidade sexual, foi revogado pela lei 11.106/2005. Assim, em razão do casamento do réu com a vítima ou de terceiro com a vítima não mais se constituir em causa de extinção de punibilidade, restou prejudicada a primeira hipótese de admissibilidade de casamento abaixo da idade núbil. Em relação ao caso de gravidez o juiz pode autorizar o casamento, uma vez que “o interesse na união se estende ao ser em formação, que necessita de cuidados e proteção de seus futuros pais e já a partir da gestação” (NADER, 2006, p. 87).

Hipótese rara e excepcional é o casamento de quem ainda não atingiu a idade núbil. A legislação civil vigente (art. 1.520 do CC), em caráter extraordinário, admite que o casamento se realize mesmo quando não atingida a idade núbil (16 anos) em duas hipóteses: para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez. Contudo, os incisos VII e VIII do art. 107 do Código Penal, que previam a extinção da punibilidade pelo casamento da vítima, nos crimes contra os costumes (atualmente denominados de crimes contra a dignidade sexual), foram revogados pela Lei nº 11.106/05. Com isso, tendo em vista que não constitui mais hipótese de extinção de punibilidade o casamento do réu com a vítima ou de terceiro com a vítima, a primeira hipótese de casamento abaixo da idade núbil, constante no artigo 1.520 do Código Civil, restou prejudicada (JÚNIOR, 2013, não paginado).

Mas nem sempre foi assim. No Brasil Império, o casamento só era permitido entre pessoas que professavam a religião católica. O sistema normativo tinha fuste nos preceitos do direito canônico, assim o casamento era eterno, não sendo permitido o rompimento do matrimônio, malgrado existir inexpressivos institutos que legitimavam a separação de corpos.

Ao tempo do Brasil Império o matrimônio era regulado pela Igreja Católica, sua celebração, suas nulidades e sua dissolução. À época, a dissolução somente se dava com a morte de um dos cônjuges, consagrando o casamento como eterno (“até que a morte os separe”). Neste período, o matrimônio era permitido apenas aos nubentes católicos, não havendo a possibilidade de noivos não católicos se casarem sem violarem suas convicções religiosas (GOULART, 2013, não paginado).

A partir de 1916, com o advento do Código Civil engendrou-se o Instituto do Desquite, em alguns casos, donde se separava os cônjuges sem perderem o vínculo conjugal.

No início do século passado, quando do advento do Código Civil de 1916 (anterior ao atual), época em que a legislação brasileira não aceitava o divórcio, a lei empregou o vocábulo “desquite” para designar a dissolução da sociedade conjugal, se válido o casamento. Essa expressão, peculiar ao direito brasileiro, nada mais era do que a separação sem quebra do vínculo, apenas com outro nome, o qual foi suprimido pela Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (SANTA’ANNA, 2010, p. 38).

As conquistas foram sendo obtidas aos poucos, até se alcançar a configuração jurídica que atualmente orienta o instituto do divórcio.

Em relação aos institutos da separação e do divórcio no Brasil, houve ao longo dos anos várias modificações no que atine à dissolução da sociedade conjugal. Hoje é possível colocar fim ao casamento de forma judicial e extrajudicial, de maneira mais rápida e célere, em respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que é inerente ao direito de personalidade.

O Divórcio ganhou força de lei em 1977, e hoje está normatizado no artigo 226, § 6º, da Constituição Federal (“O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”). Atualmente, entende-se que a mesma liberdade que se tem para casar-se é a mesma que se dispõe para não permanecer casado.

O Direito enquanto fato social acompanhou juridicamente a evolução no que diz respeito à configuração das relações conjugais e relacionamentos.

Em 2007, a lei 11.441/2007 introduziu no ordenamento jurídico a possibilidade do divórcio ou da separação consensuais, quando não houver litígio, ou seja, desde que haja pleno consenso entre os cônjuges. A separação e o divórcio amigáveis podem ser realizados pela via administrativa, mediante escritura pública, contanto que não haja filhos menores e incapazes, obedecendo ainda, aos requisitos legais estabelecidos pela norma. Esta lei foi de grande importância para o Direito das Famílias, porque permitiu aos interessados optarem por um procedimento sem

burocracias, fora do Poder Judiciário, livre da esfera forense. Os cônjuges passaram a ter razoável certeza do tempo que suas demandas terão fim. E todo esse amparo é fundamental, sobretudo porque envolve conflito doloroso nos vínculos afetivos-familiares.

Em 2010, a separação deixou de ser obrigatória a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº66/2010, mas ainda sobrevive no Código Civil e no Novo Código de Processo Civil. Acontece que, com a evolução normativa brasileira, afastou-se a discussão sobre a culpa na separação, podendo ocorrer assim o divórcio direto previsto no artigo 226, § 6º da Constituição Federal, que foi modificado pela Emenda citada, sendo dispensável, portanto, a comprovação da culpa na separação, assim como não existindo mais o requisito temporal para o divórcio. Entretanto, há entre os doutrinadores e parte da jurisprudência, os que defendem a manutenção do instituto da separação em razão das consequências legais que não foram revogadas com a Emenda Constitucional nº 66/2010.

As mudanças ocasionadas nos cenários social, cultural e jurídico em relação à evolução dos institutos da separação e do divórcio no Brasil foram relevantes, o que torna imprescindível um estudo pormenorizado do seu processo.

O objetivo geral do presente trabalho é analisar a evolução jurídica dos institutos da separação e do divórcio no Brasil. Por meio dos objetivos específicos, buscou-se evidenciar a evolução jurídica e histórica de ambos os institutos, verificar os impactos trazidos com o advento das principais alterações legislativas e no que atine à manutenção ou não do instituto da separação no ordenamento jurídico brasileiro.

A pesquisa utilizada foi a bibliográfica e a hermenêutica, já que todo o estudo foi alicerçado na leitura, análise e interpretação sistemática de materiais publicados em livros, monografias e artigos científicos eletrônicos. O levantamento bibliográfico foi realizado em bibliotecas de faculdades, de órgãos públicos, em livrarias e sites jurídicos. Quanto à abordagem, a pesquisa foi qualitativa, descritivas, explicativas e quantitativas (RODRIGUES, 2011, p. 55).

Os métodos de abordagem de pesquisa empregados foram o indutivo, no que atine ao exame de casos concretos documentados, uma vez que foram obtidas conclusões gerais a partir de premissas individuais, bem como o dedutivo, em relação à delimitação dos requisitos para a realização da separação e do divórcio

no contexto jurídico atual. Assim sendo, o presente estudo encontra-se dividido em sete capítulos.

O primeiro capítulo é esta introdução.

O segundo capítulo trata sobre o casamento, apontando sua evolução histórica, natureza jurídica e efeitos jurídicos.

O terceiro capítulo, por sua vez, traz um estudo sobre a dissolução da sociedade conjugal e do vínculo conjugal, indicando considerações gerais, esboço histórico e causas terminativas de acordo com o Código Civil de 2002.

O quarto capítulo trata sobre o divórcio e a separação extrajudiciais, à luz da lei 11.441/2007, ressaltando a simplificação do divórcio, os aspectos gerais da lei, os requisitos para realização e espécies.

O quinto capítulo versa sobre o divórcio e a separação após a Emenda nº 66/2010, apontando as principais mudanças no ordenamento jurídico, destaca ainda a manutenção do instituto da separação no Novo Código de Processo Civil, apontando as divergências doutrinárias e os princípios que fortalecem a ineficácia da separação judicial, sobre a separação de corpos e de fato e as espécies atuais de divórcio.

No sexto capítulo apontou-se o levantamento e comparativo dos divórcios e separações ocorridos na 24ª Vara Cível da Comarca de Aracaju/SE nos anos de 2009 e de 2015.

O sétimo capítulo são as conclusões obtidas durante a pesquisa realizada sobre os institutos abordados.

2 CASAMENTO NO BRASIL

2.1 Evolução Histórica

No Brasil Império, o casamento era totalmente ordenado e regido pela Igreja Católica. À época o Catolicismo era a religião oficial. Os portugueses buscavam garantir que Portugal tivesse total domínio e soberania sobre a colônia, o Brasil. A Igreja de Roma concedeu ao Estado Português amplos poderes por meio de um mecanismo conhecido como padroado real, para que o mesmo pudesse receber até mesmo os tributos e os dízimos dos fiéis da Igreja. Em contrapartida, o Estado Português autorizava a Igreja Católica a propagar e espalhar suas doutrinas. A Igreja, por sua vez, tinha o “controle das almas”, da vida diária dos fiéis, com isso, mantinha a ideia geral de obediência, especialmente ao poder do Estado. Mas a influência da Igreja era bem maior, dominava os institutos matrimoniais e aqueles também “além da vida”.

Nesse sentido, o papel da Igreja se tornava relevante. Como tinha em suas mãos a educação das pessoas, o “controle das almas” na vida diária, era um instrumento muito eficaz para veicular a ideia geral de obediência e, em especial, a de obediência ao poder do Estado. Mas o papel da Igreja não se limitava a isso. Ela estava presente na vida e na morte das pessoas, nos episódios decisivos do nascimento, casamento e morte. O ingresso na comunidade, o enquadramento nos padrões de uma vida decente, a partida sem pecado deste “vale de lágrimas” dependiam de atos monopolizados pela Igreja: o batismo, a crisma, o casamento religioso, a confissão e a extrema-unção na hora da morte, o enterro em um cemitério designado pela significativa expressão “campo-santo” (FAUSTO, 1997, p. 60).

Desta forma, é indubitável que a Igreja Católica, por meio da religião por ela instituída como sendo a oficial, a saber, o Catolicismo, era quem determinava as regras sobre o casamento no Brasil Imperial. Insta salientar que os membros da Igreja Católica eram remunerados pelo Poder do Império, ficando assim submetidos ao poder temporal.

Até mesmo após a Constituição de 1824, o Catolicismo continuou a ser a religião oficial do Brasil, mantendo-se, inclusive, as mesmas regras aplicáveis ao casamento e que vigoravam durante o período Imperial. Consentia-se, porém, a realização de cultos domésticos por outras religiões (vedava-se a realização de cultos em templos), contudo ainda condicionava-se a pactuação do casamento à confissão da fé Católica, ou seja, só podia contrair matrimônio quem professasse a

fé Católica.

A laicização do casamento demorou a contar com previsão no ordenamento jurídico brasileiro construído a partir da Carta de 1824. O texto constitucional estabelecia em seu artigo 5º que a igreja Católica Apostólica Romana continuaria a ser a religião do Estado, mantendo o sistema do padroado praticado desde o período colonial como herança da administração portuguesa (OBEID, 2013, não paginado).

A partir do Decreto de 3 de novembro de 1827, as regras concernentes ao casamento passaram a ser regidas pelas disposições do Concílio Tridentino da Constituição do Arcebispado da Bahia.

Aqui no Brasil, por muito tempo, a Igreja Católica foi titular quase que absoluta dos direitos matrimoniais; pelo Decreto de 3 de novembro de 1827 os princípios do direito canônico regiam todo e qualquer ato nupcial, com base nas disposições do Concílio Tridentino e da Constituição do Arcebispado da Bahia (DINIZ, 2012, p. 65).

O Conselho de Estado, que era um órgão auxiliar do Poder Moderador, tinha a função de suprir as lacunas existentes no ordenamento jurídico à época, bem como de dirimir controvérsias legislativas eventuais, no que concernia às questões relacionadas ao casamento.

Com relação à questão do casamento civil pode-se claramente perceber qual a efetividade dos debates do Conselho de Estado para a construção e inovação do ordenamento. O órgão tinha papel importante na interpretação das leis criadas e na identificação de lacunas. Desempenhava um papel relevante ao traçar orientações gerais diante de casos concretos que eram divulgados em revistas jurídicas, formulando, na ausência de jurisprudência, entendimentos que eram seguidos por Juízes e Tribunais. [...] Quando não havia lei que regesse a matéria debatida pelo Conselho, o órgão indicava ao Governo Imperial a necessidade de produção legislativa sobre o assunto. Foi o que ocorreu com relação ao casamento civil (OBEID, 2013, não paginado).

Como órgão auxiliar do Poder Moderador que segundo o texto constitucional era atribuído ao Imperador para garantir a harmonia entre os poderes, o Conselho de Estado assumiu um papel de intérprete e produtor da doutrina jurídica nacional, suprimindo o espaço deixado por um sistema judiciário em que o órgão de cúpula — no caso brasileiro, o Supremo Tribunal de Justiça — não se desincumbia da tarefa de orientar o julgamento de casos das instâncias inferiores pela edição de precedentes quando a lei fosse causa de controvérsias (LOPES, 2010, p. 91).

Com a chegada dos imigrantes houve a introdução de novas crenças, novas religiões no Brasil. Foi necessário o reconhecimento do casamento para aqueles que

não professavam a fé Católica. Assim, surgiram três modalidades de casamento, apesar de ainda se vislumbrar o domínio da religião Católica: ato nupcial Católico (católicos com católicos) - realizado de acordo com as normas do Concílio de Trento; ato nupcial misto (católicos com acatólicos) - efetivado de acordo com o Direito Canônico, e, por fim, o acatólico (formado pela união de indivíduos de seitas divergentes) - realizado de acordo com as regras de cada religião.

Deste modo, somente após a promulgação da lei 1.144, regulamentada pelo decreto de 17 de abril de 1863, ficou instituído o matrimônio entre não católicos.

Com a imigração, novas crenças foram introduzidas em nosso país. Assim, em 9 de julho de 1858, Diogo de Vasconcelos, Ministro da Justiça, apresentou um projeto lei, com o objetivo de estabelecer que os casamentos entre pessoas não católicas fossem realizados de conformidade com as prescrições de sua respectiva religião. Esse projeto, em 1861, transformou-se na Lei. n. 1.144, regulamentada pelo decreto de 17 de abril de 1863, dando um grande impulso à instituição do casamento civil. Praticavam-se então, três tipos de ato nupcial: o católico, celebrado segundo as normas do Concílio de Trento, de 1563, e das Constituições do Arcebispado baiano; o misto, entre o católico e acatólico, sob a égide do direito canônico; e o acatólico, que unia pessoas de seitas dissidentes, de conformidade com os preceitos das respectivas crenças (DINIZ, 2012, p. 65).

Com o advento da República em 1890, quando o Estado deixou de ter apenas uma religião e foi laicizado, o que ensejou a separação entre os poderes temporal e espiritual, o casamento consolidou-se como instituto exclusivamente jurídico, de natureza civil, “desvalorizando” o casamento religioso. Na Constituição Federal de 1891, no Artigo 72, §4º, só era reconhecido o casamento civil, cuja celebração era gratuita (“§ 4º A República só reconhece o casamento civil cuja celebração é gratuita”).

A primeira Constituição da República, de 1891, confirmava, no artigo 72, a separação da Igreja e do Estado e ia mais além do Decreto n. 119-A. Ela declarava que a República só reconheceria o casamento civil, que os cemitérios passariam a ter caráter secular, ficando livre a todos os cultos religiosos, que o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos seria leigo e que nenhum culto ou igreja gozaria de subvenção oficial. A Constituição de 1891 foi promulgada após dois anos da proclamação da República. Essa Constituição tinha como princípio os ideais liberais buscados pelos parlamentares. Assim, no intuito de modernizar e orientados por esses ideais, os parlamentares reivindicaram a extinção do poder da Igreja Católica no país. Por meio do Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, antes mesmo da promulgação da primeira Constituição, foi instaurado no Brasil o reconhecimento apenas do casamento civil. [...] O Decreto n.

181, de 24 de janeiro de 1890, que “Promulga a lei sobre o casamento civil”, estabeleceu todos os trâmites reguladores dessa novidade, dispensando o aval eclesiástico e invalidando, para efeitos civis, as cerimônias realizadas sob a autoridade das paróquias [...] (GONÇALVES; SIQUEIRA, 2013, não paginado).

Durante a vigência da Codificação Beviláqua¹, somente a família legítima, que era aquela cuja relação decorria do casamento, era tutelada juridicamente. Qualquer vínculo afetivo que não tivesse origem no matrimônio era reconhecido como família ilegítima e, portanto, não merecia a proteção do ordenamento jurídico rígido e familiarista, projetando efeitos tão somente no âmbito das relações obrigacionais.

Praticamente toda a legislação da República ateu-se ao casamento civil como única forma de matrimônio. Em nosso Código Civil de 1916, o legislador, influenciado pelo Código Francês de 1804, disciplinou o instituto do casamento em inúmeros artigos, consolidando a importância deste ato civil para a constituição da família legítima. O casamento civil como única forma de constituição legítima da família perdurou de 1890 até 1937. Somente no ano de 1937 a Constituição voltou-se novamente para o casamento religioso, deixando a sua própria mercê desde a Constituição da República, declarando que poderiam ser atribuídos efeitos civis ao mesmo; uma norma que foi mantida na Constituição de 1946 (RIBEIRO, 2002, não paginado).

Desta maneira, o Código Civil de 1916, com toda a formalidade, revestiu o casamento de feição eterna, indissolúvel, “*até que a morte os separe*”.

Nesta esteira, o Código Civil de 1916, fortemente influenciado pela igreja, incorporava ao casamento uma feição eterna, indissolúvel, de modo que a situação de casado perpetuava-se por toda a vida do indivíduo, não havendo meios para romper o vínculo. Prevalecia a máxima do “até que a morte nos separe” (FILHO, 2011, não paginado).

Apesar da laicidade do Estado brasileiro alcançada com a Constituição de 1891, “a disciplina normativa do casamento no Código Civil de 1916 revelava, sem segredos, a total influência religiosa sobre a família, praticamente repetindo a normatividade canônica” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 108).

A Constituição Federal de 1934, em seu artigo 146, inovou e passou a permitir que o casamento pudesse ser religioso com efeitos civis, desde que fossem observadas as prescrições legais. A lei n. 379/37, que regulamentava a matéria,

¹ Denominação dada ao Código Civil de 1916, em razão da elaboração do mesmo ter sido confiada a Clóvis Beviláqua.

através do Decreto-Lei n. 3.200/41, foi parcialmente modificada. Assim preceituava a Constituição brasileira de 1934:

Art. 146. O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento.

Posteriormente, a Constituição de 1946, em seu artigo 163, e a Constituição de 1967, em seu artigo 167, mantiveram o reconhecimento dos efeitos civis do casamento religioso, desde que os nubentes requeressem sua inscrição no Registro Público após sua realização, revogando assim a lei n. 379/37. Esta era a redação do artigo 163 da Constituição de 1946:

Art. 163. A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado. § 1º - O casamento será civil, e gratuita a sua celebração. **O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.** § 2º - O casamento religioso, celebrado sem as formalidades deste artigo, terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente. (grifo nosso). Art. 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º - O casamento é indissolúvel. § 2º - **O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.** § 3º - O casamento religioso celebrado sem as formalidades deste artigo terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público mediante prévia habilitação perante, a autoridade competente. (grifo nosso)

A Carta Magna de 1988 promoveu uma profunda revolução na própria estrutura social do Estado ao alargar o conceito de família para além do casamento. Trouxe a definição de entidade familiar, abrangendo os vínculos monoparentais e a união estável. Insta salientar que ainda não há uma disposição constitucional expressa acerca da legitimação da família homoafetiva, contudo a doutrina e a jurisprudência já reconhecem este tipo de união como sendo também uma entidade familiar, merecendo, portanto, a tutela estatal.

Mas nova realidade se impôs, acabando por produzir profunda revolução na própria estrutura social. Tornou-se tão saliente o novo formato dos vínculos de convivência, que a Constituição de 1988 alargou o conceito de família para além do casamento. Trouxe o conceito de entidade familiar albergando relacionamentos para além do casamento. Foi assegurada especial proteção tanto aos vínculos monoparentais - formados por um dos pais com seus filhos - como à união estável - relação de um homem e uma mulher não formalizada pelo casamento (CF 226 § 3.º). Com isso, deixou de ser o matrimônio o único marco a identificar a existência de uma família (DIAS, 2015, p. 127).

O casamento, em meio a essa multiplicidade de núcleos afetivos, continua protegido, apenas perdeu a exclusividade.

2.2 Conceito

Ao longo do tempo, inúmeros autores de diferentes ramos do conhecimento e com diferentes formações, tentaram definir o conceito do casamento, pois o instituto é tão antigo quanto o próprio ser humano, o que levou assim, a diferentes definições a depender da época, da região e dos costumes.

Examinando-se as normas constitucionais, é possível constatar alguns princípios concernentes à caracterização da família e conseqüentemente do casamento, quais sejam: a pluralidade das famílias (artigo 226, da CF), a igualdade entre as pessoas humanas (artigo 5º, *caput* e inciso I, da CF), bem como o reconhecimento da absoluta isonomia entre os filhos (art.227, § 6º, da CF).

Não se pode mais conectar ao casamento a ideia de procriação, pois para se ter filhos não é necessário que a mulher ou o homem estejam casados, circunstância essa reforçada pela possibilidade da adoção por pessoas não casadas no ordenamento jurídico brasileiro². Esta é uma ideia antiga e ultrapassada, adquirida por costumes e regras rígidas de uma sociedade muitas vezes preconceituosa. Também não se pode definir o casamento como sendo um contrato matrimonial indissolúvel, pois hoje, à luz do Princípio da Autonomia da Vontade, os cônjuges podem de forma direta judicial ou extrajudicialmente rescindir a união. Quanto ao aspecto religioso, o conceito de casamento não pode estar atrelado à concepção jurídica, pois até mesmo a norma constitucional (art. 19, da CF) esclarece que o nosso país é laico, não podendo ligar o casamento civil às exigências e formalidades

² O artigo 42, da lei 12.010/2009, que regulamenta a lei 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe que: “Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, **independentemente do estado civil**”. (grifo nosso)

de um contexto típico-religioso. Por fim, jamais poderemos dizer que o casamento é a união entre duas pessoas de sexos diferentes, já que a jurisprudência e a doutrina vêm se posicionando em conformidade com o parecer do Supremo Tribunal Federal prolatado em novembro de 2011, quando, ao julgar o Recurso Extraordinário 646721/RS, reconheceu a união estável para pares homoafetivos, assegurando a eles os direitos e deveres inerentes aos casais heterossexuais. Desta maneira, à luz dessa nova orientação jurisprudencial e doutrinária³, é reconhecida a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, denominado, por conseguinte, de casamento homoafetivo.

Esclarecidas essas preliminares, pode-se perceber que a lei não revela com exatidão o conceito do instituto do casamento, mas indica seu propósito (artigo 1.511, do Código Civil): “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Ou seja, o vínculo conjugal é baseado na comunhão de afetos, proporcionando uma convivência plena e satisfatória para ambos os cônjuges, e ensejando responsabilidades e direitos para um e outro.

Casamento tanto significa o ato de celebração como a relação jurídica que dele se origina: a relação matrimonial. O sentido da relação matrimonial melhor se expressa pela noção de comunhão de vidas, ou comunhão de afetos. O ato do casamento cria um vínculo entre os noivos, que passam a desfrutar do estado de casados. A plena comunhão de vida é o efeito por excelência do casamento. São de tal ordem as sequelas de natureza patrimonial que não corre prescrição entre os cônjuges (CC 197 I) (DIAS, 2015, p. 148).

A doutrina tradicional aponta uma definição da qual é possível depreender que o casamento sempre será a união entre um homem e uma mulher, com o objetivo de vida comum e criação da prole, todavia, como visto anteriormente, o STF já se posicionou sobre este tema, admitindo também como casamento o vínculo matrimonial estabelecido entre pessoas do mesmo sexo. O que ainda é reconhecido pela doutrina moderna é que o casamento é um ato bilateral e solene, regulado pelo Código Civil, e que gera direitos e deveres para ambos os nubentes. Admite-se também que o casamento é uma sociedade conjugal, que por sua vez gera dois vínculos, o vínculo conjugal, formado obviamente entre os cônjuges, e o vínculo de

³ Dentre aqueles que defendem o casamento homoafetivo, destaca-se a ilustre Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias, cuja uma de suas obras foi citada neste trabalho.

parentesco por afinidade.

Em relação às características intrínsecas das diversas modalidades de família, que vêm se descortinando, podemos entender que convivem simultaneamente a família casamentária, a família formada na união estável, a da família concubinária, a família monoparental, a família homossexual e a família formada nos estados intersexuais, que embora representem um campo farto de discussões no direito brasileiro, no plano internacional, fincam-se cada vez mais em garantias. [...] Entendemos que dentro deste panorama, que envolve a mudança de paradigmas e sucessivas desconstruções, nada obsta a pertinência do reconhecimento da família formada por pessoas do mesmo sexo, ou mesmo nos estados intersexuais, uma vez que o elo coesivo de seus partícipes, o afeto, permeia essas relações ao lado da exclusividade, da transparência, da publicidade e do consentimento que caracterizam as outras formas de família (MALUF, 2001, p. 40).

2.3 Natureza Jurídica

Grande discussão ocorre sobre a natureza jurídica do casamento. Surgem, nesse cenário, três correntes: **a individualista ou contratualista**- assegura que o casamento é um negócio jurídico, que gera efeitos patrimoniais, é regulamentado pelo regime de bens, estando sua validade e eficácia condicionadas à vontade dos nubentes. Para os que defendem este posicionamento, o matrimônio é “o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem a mútua assistência” (RODRIGUES, 2002, p. 19). Critica-se esta teoria com as indagações que seguem, uma vez que as regras do casamento, considerando-o como contrato, poderiam ser dispostas livremente pelas partes? Teria o casamento prazo indeterminado? Qual a forma de rescindi-lo? Há pagamento de multa?; **a institucional**- considera que o casamento tem caráter institucional; e, por fim, **a eclética ou mista**- dispõe que o casamento é um ato complexo, isto é, “um contrato quando de sua formação e uma instituição no que diz respeito ao seu conteúdo” (DIAS, 2015, p. 149).

Muito se discute ainda sobre a natureza jurídica do casamento. O primeiro questionamento que surge é se o casamento - considerado o ato mais solene do direito brasileiro¹⁰ - é um instituto de direito público ou de direito privado. Mas as dúvidas não terminam aí. As divergências doutrinárias são tão acentuadas que ensejaram o surgimento de três correntes: (a) a doutrina individualista, influenciada pelo direito canônico, vê o casamento como um contrato de vontades convergentes para a obtenção de fins jurídicos; (b) a corrente institucional destaca o conjunto de normas imperativas a que aderem os nubentes; e (c) a eclética vê o casamento

como ato complexo, um contrato quando de sua formação e uma instituição no que diz respeito ao seu conteúdo (DIAS, 2015, p. 149).

Sendo assim, a terceira corrente parece ser a mais equilibrada.

Considera-se ainda o casamento como um contrato *sui generes*, com suas próprias características, e que, enquanto negócio jurídico, é casamento-ato, e quando instituição, é casamento-estado (VENOSA, 2009, p. 26).

2.4 Eficácia do casamento

2.4.1 Efeitos Jurídicos

O casamento, como todo contrato, gera na esfera jurídica os seus efeitos e consequências que incidem nas relações pessoais e econômicas dos cônjuges, no ambiente social, na relação de pais e filhos, nas relações matrimoniais, sujeitando-se, em todos os casos, à legislação positivada do ordenamento jurídico brasileiro.

Os efeitos do casamento, em razão de sua relevância, projetam-se no ambiente social e irradiam as suas consequências por toda a sociedade. O matrimônio legaliza as relações sexuais do casal, proibindo a sua prática com outrem e estabelecendo o *debitum conjugale*. O seu principal efeito, no entanto, é a constituição da família *legitima* ou *matrimonial*. Ela é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado, conforme estatui o art. 226 da Constituição Federal, que reconhece também a união estável e a família monoparental como entidades familiares (§§ 3º e 4º) (GONÇALVES, 2014, p. 183).

Estes efeitos jurídicos podem ser de cunho pessoal, social e patrimonial.

O principal efeito pessoal do casamento é o estabelecimento de uma “**comunhão plena de vida**, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges” (grifo nosso), conforme preceitua o artigo 1.511, do Código Civil. Uma consequência disto é o fato de o casamento, de acordo com o artigo 1.571, do Código Civil, se constituir em uma união exclusiva, que exige dos cônjuges a fidelidade recíproca.

A noção de “plena comunhão de vida” integra a definição de casamento constante do art. 1.577º do Código Civil português, que o conceitua como o “contrato entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”. O casamento, portanto, ao estabelecer “comunhão plena de vida”, como proclama o art. 1.511 do Código Civil, com base na igualdade

de direitos e deveres dos cônjuges, implica necessariamente união exclusiva, uma vez que o primeiro dever imposto a ambos os cônjuges no art. 1.566 do Código Civil é o de fidelidade recíproca. A aludida comunhão está ligada ao princípio da igualdade substancial, que pressupõe o respeito à diferença entre os cônjuges e a consequente preservação da dignidade das pessoas casadas. Em complemento, dispõe o novo diploma, no art. 1.565, que, por meio do casamento, “homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família” (GONÇALVES, 2014, p. 185).

Surge ainda como efeito pessoal, o disposto no art. 1.569, do Código Civil, ao estabelecer que: “o domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares”. Embora não haja como o legislador disciplinar sobre a moradia do casal, em razão do princípio da autonomia privada, a *mens legis* deste artigo é no sentido de que o domicílio conjugal seja reconhecido para fins legais, a exemplo da fixação de competência para processamento e julgamento de demandas cíveis.

Quanto aos efeitos sociais, o primeiro e principal, é a criação da família legítima, mas também poderá o casamento produzir a emancipação do cônjuge menor de idade (Art. 5º, p.u, II, do CC), tornando-o desta forma, plenamente capaz para as atividades civis.

O planejamento familiar também se insere nesse contexto, estando previsto no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal e no artigo 1.565, § 2º, do Código Civil, vejamos, respectivamente:

Art. 226. § 7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privada.

Art. 1.565 § 2º. O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

O planejamento familiar envolve aspectos éticos e morais, e não está condicionado legalmente, ou seja, o casal é livre para decidi-lo, desde que o faça pautado no princípio da paternidade responsável. O Estado tem o dever de estabelecer programas educacionais e assistenciais neste âmbito.

O planejamento familiar envolve aspectos éticos e morais. Assunto de tal magnitude para qualquer casal não pode prescindir da ética, da religião e de certa dose de maturidade. Por essa razão, a lei submete-o à livre decisão do casal, devendo, no entanto, ser orientado pelo princípio da paternidade responsável, por força da norma constitucional retromencionada, que impõe ainda ao Estado o ônus de estabelecer programas educacionais e assistenciais nesse campo, propiciando os recursos financeiros necessários (GONÇALVES, 2014, p. 185).

Os efeitos patrimoniais dizem respeito aos interesses econômicos do matrimônio, e estão “consubstanciados no regime de bens, nas doações recíprocas, na obrigação de sustento de um ao outro e da prole, no usufruto dos bens dos filhos durante o poder familiar, no direito sucessório, etc” (GONÇALVES, 2014, p. 187).

Quanto ao regime de bens, antes da celebração do casamento os nubentes podem optar por quaisquer dos regimes regulados pelo Código Civil, conforme preceitua os artigos 1.639 e 1.640, deste diploma legal. Celebrado o casamento, o regime de bens se torna imutável, ressalvada a única hipótese em que se admite a alteração deste, qual seja, contanto que haja autorização judicial em pedido fundado em motivo legítimo alegado por ambos os cônjuges e sejam averiguados os fundamentos das razões invocadas, ressalvados os direitos de terceiros, consoante redação do artigo 1.639, § 2º, do CC. O regime adotado entrará em vigência na data da celebração do casamento (artigo 1.639, § 1º, do CC).

2.4.2 Direitos e Deveres

O Estado assumiu o encargo de proteger a família, como consta no art. 226, da CF. Desta forma, sente-se obrigado a normatizar o casamento e regular a sua dissolução. Para isso, no artigo 1.566, do CC, disciplina sobre os direitos e deveres impostos aos cônjuges. Ocorre que, nada impede que os noivos definam livremente sobre a forma como querem viver, por meio do pacto antenupcial, desde que não atentem sobre cláusula ou convenção absoluta de lei (artigo 1.655, do CC), não podendo incluir cláusulas que versem sobre direito sucessório (artigo 426, do CC) e sobre alimentos (artigo 1.707, do CC).

Ainda que sejam impostos direitos e deveres aos cônjuges (CC 1.566), não há qualquer impedimento de que, via pacto antenupcial, os noivos deliberem da forma que desejarem o modo que vão levar suas vidas. Impositivo respeitar o princípio da autonomia da vontade. Eles só não podem incluir cláusulas que afrontem disposição absoluta de lei (CC 1.655), dispor sobre direito sucessório (CC 426) e sobre alimentos (CC 1.707). No mais, tudo

pode ser convencionado, até o estabelecimento de regras de convívio (DIAS, 2015, p. 168).

Vale ressaltar que em face da igualdade entre os cônjuges estabelecida na Carta Constitucional, não há mais distinção entre marido e mulher (art. 5º, I, da CF). O Código Civil de 1916 tratava dos direitos e deveres do marido e da mulher em capítulos distintos, já que estabelecia diferenças entre um e outro. No cenário jurídico atual, como dito, a Magna Carta e a legislação infraconstitucional asseguram a igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher, em respeito ao Princípio da Isonomia. O poder exercido na esfera familiar deixou de ser Pátrio Poder e passou a ser denominado de Poder Familiar (art. 1.631, do CC), onde as responsabilidades, o bônus e o ônus de uma vida plena em comum são partilhados entre ambos os cônjuges. Fundamentando-se na Magna Carta, o Estatuto da Criança e do Adolescente preceitua em seu artigo 21 que:

Art. 21. O pátrio poder deve ser exercido em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma em que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

O Código Civil, em seu artigo 1.567, estabelece que: “a direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos”. E ainda: “havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses” (art. 1.567, parágrafo único, do CC). Assim, o dever de prover o sustento familiar cabe não só ao marido como também à mulher, de acordo com as possibilidades de cada qual.

Diante do exposto, a lei estabelece de forma expressa os deveres de cada um, os quais estão elencados no art. 1.566, do Código Civil e serão analisados a seguir:

a) Fidelidade recíproca

A fidelidade é um dos deveres mais populares na nossa sociedade e deve ser entendida em seu sentido mais completo, ou seja, a separação de fato não tem o condão de afastar esse dever, o qual deve perdurar até que haja a dissolução do

matrimônio conjugal pelo divórcio.

Trata-se de um dever que decorre da natureza monogâmica do casamento.

De acordo com o artigo 1.573, I, do CC, a infidelidade é uma das causas que autoriza a separação. Contudo, com o advento da EC 66/10, que afastou os requisitos que condicionavam a dissolução do casamento pelo divórcio a um lapso temporal de separação, esta previsão legislativa tornou-se inócua. Ninguém é fiel porque assim determina a lei ou deixará de sê-lo por falta de determinação legal. Cuida-se mais de um dever moral do que normativo.

O dever de fidelidade é uma norma social, estrutural e moral, mas, apesar de constar entre os deveres do casamento, sua transgressão não mais admite punição nem na esfera civil, nem na criminal. Com o fim do instituto da separação, perdeu completamente o sentido sua imposição como dever do casamento (DIAS, 2015, p. 170).

b) Vida em comum no domicílio conjugal

Também conhecido como dever de coabitação, consiste na obrigação relativa de que os cônjuges devem viver sob o mesmo teto e ter uma comunhão de vida. Trata-se de uma obrigação relativa porque não há vedação legal à possibilidade de os consortes manterem um relacionamento à distância em razão do trabalho, de interesses comuns ou familiares. Também constitui um dever que não tem mais eficácia social, uma vez que compete somente ao casal escolher se irá ou não partilhar da vida conjugal no mesmo domicílio ou em domicílios diferentes. A opção pela vida comum conjugal em domicílios diferentes não significa irresponsabilidade com as obrigações matrimoniais, mas opção de estilo de vida, até porque a família pode ter mais de um domicílio, conforme preceitua o art. 71, do Código Civil.

A vida em comum, no domicílio conjugal, ou dever de coabitação, obriga os cônjuges a viver sob o mesmo teto e a ter uma comunhão de vidas. Essa obrigação não deve ser encarada como absoluta, pois uma impossibilidade física ou mesmo moral pode justificar o seu não cumprimento. Assim, um dos cônjuges pode ter necessidade de se ausentar do lar por longos períodos em razão de sua profissão, ou mesmo de doença, sem que isso signifique quebra do dever de vida em comum (GONÇALVES, 2014, p. 191).

c) Mútua assistência, consideração e respeito

Através da cerimônia religiosa do casamento, os nubentes comprometem-se a estar juntos em qualquer situação, seja na riqueza ou na pobreza, na alegria ou na tristeza, na saúde ou na doença, essa é a forma que os incisos III e V, do art. 1.566, do CC normatizou a mútua assistência, consideração e respeito. O vínculo que une os casais fundamenta-se no afeto, no respeito e na ética, refletindo uma verdadeira conexão de solidariedade, companheirismo e cumplicidade, transpassando a relação matrimonial e se solidificando na obrigação alimentar para além da dissolução do casamento, uma vez que, na necessidade do outro, também é possível o pedido de “alimentos”, mesmo após o rompimento do vínculo conjugal (art. 1.704, do CC).

A família encontra fundamento no afeto, na ética e no respeito entre os seus membros, que não podem ser considerados apenas na constância do vínculo familiar. Pelo contrário, devem ser sublimados exatamente nos momentos mais difíceis da relação. O dever de assistência transborda os limites da vida em comum e se consolida na obrigação alimentar para além da dissolução do casamento (DIAS, 2015, p. 175).

Infelizmente, é certo que muitas vezes a comprovação judicial do desrespeito aos deveres do casamento se torna difícil. A afronta a estas imposições legais podem ser materializadas por meio de uma palavra agressiva, de um gesto violento, ou até pela indiferença no trato.

A assistência mútua vai além da relação material, diz respeito ao carinho e atenção que os cônjuges têm obrigação de oferecer um ao outro.

d) Sustento, guarda e educação dos filhos

A legislação brasileira protege de todas as formas a vida dos filhos, conforme previsto no artigo 227, da CF e no art. 4º do Estatuto da Criança e Adolescente. O Código Penal, em seu artigo 244, prevê o crime de abandono material:

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover à subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro anos), e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada.

Na constância do casamento, o poder familiar é exercido por ambos os cônjuges.

A obrigação de sustento da prole consiste mesmo após a ruptura do matrimônio.

Ambos os pais, até mesmo quando não forem responsáveis pela guarda do filho, têm o dever de sustentá-lo quando o mesmo estiver impossibilitado de suprir suas próprias necessidades, por ser menor ou incapaz para o trabalho.

3 DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL E DO VÍNCULO MATRIMONIAL

3.1 Considerações Gerais

O tema separação e divórcio sempre provocou um profundo e exacerbado debate social, isso porque, sob forte influência da Igreja Católica, o casamento era indissolúvel no século XIX.

As mudanças e aceitação quanto à possibilidade de dissolução do vínculo conjugal foram acontecendo aos poucos. Sempre existiram os que apoiavam e entendiam a necessidade urgente de mudança na lei, e outros mais conservadores ou até mesmo preconceituosos que não aceitavam a ideia da cessação do matrimônio.

Acreditava-se que por haver uma relação entre os institutos do casamento e da família, uma eventual ruptura do vínculo matrimonial provocaria graves resultados, dentre os quais, o desfalecimento da família. Considerava-se também que até mesmo “Deus” não admitiria a dissolubilidade do casamento, já que em sua Palavra há a expressão: “o que Deus uniu o homem não separa”. Esse cenário saturado pela religiosidade, pelo preconceito e pelo domínio do Estado foi superado, o que culminou na aceitação do divórcio direto, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional 66/2010.

Na estrutura do Código Civil de 1916, o casamento era indissolúvel. Inspirado em ideias patrimonialistas e patriarcais e sob a direta influência da Igreja Católica, o Direito das Famílias não admitiu a dissolução do vínculo matrimonial em vida. Vigorava a máxima o que Deus uniu, o homem não separa (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 347).

Num primeiro momento histórico (pré-divórcio), durante a vigência do Código Civil de 1916, somente se admitia o chamado desquite, que, em verdade, não rompia o vínculo, mas apenas a sociedade conjugal. O vínculo nesta época, somente poderia ser extinto em caso de morte. Estabelecia, expressamente, o Código de Beviláqua, em seu art. 315, § único, que o casamento válido só se dissolvia pela morte de um dos cônjuges. Era um período em que o Direito de Família era extremamente influenciado pela Igreja Católica. Prevalencia a máxima: *o que Deus uniu, o homem não separa*. A família só podia ser constituída por meio de casamento, e este, por sua vez, era indissolúvel. Com efeito, multiplicavam-se as famílias clandestinas, desamparadas de qualquer provimento estatal, surgindo, assim, a figura do concubinato. Seguindo tais ditames canônicos, todas as Constituições da República passaram a prever, em seus textos, o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial. As Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967, bem como a Emenda que “promulgou” a Carta de 1969 – todas elas –, mantiveram a previsão de que o casamento era indissolúvel (FILHO,

2011, não paginado).

A implantação do divórcio, no Brasil, enfrentou um processo longo de debates, críticas e movimentos organizados, principalmente liderados pela igreja e intelectuais católicos. Previa-se, então, o caos da família brasileira, a disseminação da falta de respeito entre os casais e a proliferação de casamentos fáceis que já nasceriam com o estigma da separação, pois lhes faltaria o vínculo da indissolubilidade. [...] Depois de muito tempo de vigência, entretanto, o uso do divórcio não importou em descontrolado nem anarquia (SEREJO, 1999, p. 72).

As formas de constituição de família mudaram, o que exigiu uma evolução legislativa a fim de que toda e qualquer entidade familiar fosse tutelada juridicamente. Assim, não só os vínculos provenientes do casamento, mas também aqueles reputados como extramatrimoniais, a exemplo da união estável e da família monoparental são reconhecidos como família. Reconhece-se ainda o direito das famílias formadas por pares homoafetivos. Deste modo, em razão desse avanço social e jurídico, entende-se atualmente que não há mais como sustentar um casamento só por questões religiosas ou somente para demonstrar falsas aparências de um bom convívio matrimonial, posto que são imprescindíveis o afeto, o respeito e o amor. Portanto, em razão do Princípio da Autonomia da vontade, somente os consortes podem decidir pela manutenção ou não da sociedade conjugal, não cabendo mais ao Estado investigar quem deu causa ao fim da relação, mas sim viabilizar a melhor forma para a dissolução do casamento.

3.2. Escorço Histórico Evolutivo da Dissolução do Casamento

O Decreto nº 181, de 24 de Janeiro de 1890, instituiu o casamento civil no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do qual se implantou “a secularização do matrimônio, [...] consagrando a separação entre a Igreja e o Estado” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 162). Este decreto não previa a dissolubilidade do casamento pelo divórcio, o qual somente autorizava a separação de corpos. A única hipótese de dissolução da sociedade conjugal era em caso de morte de um dos cônjuges. Vejamos:

Art. 88. O divórcio não dissolve o vínculo conjugal, mas autoriza a separação indefinida dos corpos e faz cassar o regime dos bens, como si o casamento fosse dissolvido.

Art. 93. O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges, e neste caso proceder-se-á a respeito dos filhos e dos bens do casal na conformidade do direito civil.

No projeto original o Ministro Ferraz de Campos Salles levou à aprovação norma que regulamentava o casamento, a separação e a dissolução do vínculo matrimonial, mas ante a enorme resistência, a parte que tratava da dissolução do vínculo do casamento ficou restrita ao capítulo "X", sobre a dissolução do casamento que ocorria somente em caso de morte de um dos cônjuges (art. 93) (MONTEMURRO, 2015, não paginado).

Insta salientar a redação do artigo 83, do citado decreto, o qual previa as hipóteses nas quais o adultério não era considerado como motivo para o divórcio. Vejamos:

Art. 83. O adultério deixará de ser motivo para o divórcio:
 § 1º Se o réu for a mulher e tiver sido violentada pelo adúltero.
 § 2º Se o autor houver concorrido para que o réu o cometesse.
 § 3º Quando tiver sobrevivido perdão da parte do autor.

O perdão por parte do autor em relação ao adultério de seu cônjuge (art. 83, § 3º), somente era considerado como tal se preenchesse os requisitos do artigo 84, do Dec. 181/1890: “Presume-se perdoado o adultério quando o cônjuge inocente, depois de ter conhecimento dele, houver coabitado com o culpado”.

A dissolução conjugal no Decreto 181/1890, estava condicionada somente à hipótese de morte de um dos cônjuges.

Várias propostas de leis que disciplinavam o divórcio foram apresentadas ao Parlamento, em 1893; e à Câmara e ao Senado, em 1896, 1899 e 1900, mas não obtiveram sucesso. Em 1901 o jurista Clóvis Beviláqua, apresentou à Câmara e ao Senado o seu projeto de Código Civil, que somente foi aprovado em 1916 após muitas críticas e alterações.

1893 - o Deputado Érico Marinho apresentava no Parlamento a primeira proposição divorcista. Em 1896 e 1899, renovava-se a tentativa na Câmara e no Senado. **1900** - O deputado provincial Martinho Garcez ofereceu, no Senado, projeto de divórcio vincular. A proposição foi repelida. **1901** - O jurista Clóvis Beviláqua apresenta, após seis meses de trabalho, seu projeto de Código Civil. Duramente criticado pelo então senador Rui Barbosa e por vários juristas, seu projeto sofreu várias alterações até sua aprovação, em 1916. Tal como no direito anterior, permitia-se o término da sociedade conjugal por somente por via do desquite, amigável ou judicial. A sentença do desquite apenas autorizava a separação dos cônjuges, pondo termo ao regime de bens. No entanto, permanecia o vínculo matrimonial. A enumeração taxativa das causas de desquite foi repetida: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave e abandono voluntário do lar conjugal (art. 317). Foi mantido o desquite por mútuo consentimento (art. 318). A legislação civil inseriu a palavra desquite para identificar aquela simples separação de corpos (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DA FAMÍLIA-IBDFAM).

3.2.1 Introdução no Código Civil de 1916 – Lei 3.071/16

O Código Civil de 1916 foi criado com base em uma família elitizada, hierarquizada e patriarcal. À essa época o casamento era indissolúvel, uma vez que a sociedade era conservadora e sofria forte influência da Igreja, ensejando assim a dificuldade em normatizar o divórcio, pois predominava a fragilidade e a condição de inferioridade da mulher em relação ao homem. Todas as decisões relativas à família competiam ao marido, posto que, reitere-se, a mulher deveria submeter-se ao domínio masculino, conforme redação do artigo 233, incisos I ao IV, do Código Civil de 1916:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal.

Compete-lhe:

I. A representação legal da família.

II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I, e 311).

III. direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 46 e 233, nº IV). (Vide Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919).

IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal (arts. 231, nº II, 242, nº VII, 243 a 245, nº II, e 247, nº III).

V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277.

Sob a égide de uma sociedade conservadora e fortemente influenciada pela igreja, justificava-se a concepção do casamento como instituição sacralizada. Quando da edição do Código Civil de 1916, o enlace juramentado era indissolúvel. A única possibilidade legal de romper com o matrimônio era o desquite, que, no entanto, não o dissolvía. Permanecia intacto o vínculo conjugal, a impedir novo casamento, mas não novos arranjos familiares, pois cessavam os deveres de fidelidade e de manutenção da vida em comum sob o mesmo teto. Remanescia, no entanto, a obrigação de mútua assistência, a justificar a permanência do encargo alimentar em favor do cônjuge inocente e pobre (DIAS, 2015, p. 202).

O desquite não se configurava na liberdade de escolha dos cônjuges, uma vez que somente era permitido nos casos expressos no artigo 317, do CC/16: adultério; tentativa de morte; sevícia ou injúria grave; abandono voluntário do lar conjugal durante dois anos contínuos; e, na hipótese do artigo 318, do CC/16, demandava o assentimento de ambos os consortes: **mútuo consentimento dos cônjuges**, desde que fossem casados por mais de dois anos, e o pedido de desquite fosse manifestado perante o juiz e devidamente homologado por este (grifo nosso). O termo desquite foi mantido no Código de 1916 a fim de diferenciá-lo da simples separação de corpos, que, segundo Pontes de Miranda, era “a separação sem quebra de vínculo” (MIRANDA, 1955, p. 36).

Assim, o instituto do desquite foi mantido no Código de 1916 com a mesma formalidade do decreto 181/1890. “A disposição do Código Civil, ademais, já constava do Decreto n. 181/1890” (NETO, 2004, p. 1).

Em 1916, com o advento do Código Beviláqua (Código Civil de 1916), foi criado no Direito Brasileiro o Instituto do Desquite, que nada mais era que o próprio Instituto do Divórcio da norma anterior (Decreto 181/1890) só que com novo nome. O Desquite era a dissolução da sociedade conjugal, contudo, sem que houvesse o desfazimento do vínculo conjugal (MONTEMURRO, 2015, não paginado).

Em seu artigo 223, o Código Civil de 1916 tratava acerca da separação de corpos, dispondo que: “Antes de mover a ação de nulidade do casamento, a de anulação, ou a de desquite, requererá o autor, com documento que a autorize, a separação de corpos, que será concedida pelo juiz com a possível brevidade”. A separação de corpos era uma medida de urgência que se justificava pela ocorrência de fatos que tornassem insuportável a convivência conjugal harmoniosa sob o mesmo teto. Desse modo, por exemplo, poderia ser concedida esta medida em caso de violência doméstica ou iminência dela, podendo ser requerida para fins de afastamento ou reintegração à moradia matrimonial. Insta salientar que o instituto da separação de corpos também estava previsto no artigo 7º, da lei 6.515/77. Esclarece Rolf Madaleno:

Na sua clássica concepção, a separação de corpos é justificada pela inconveniência e até pelo perigo de continuarem sobre o mesmo teto os contendores judiciais, diante do processo que passariam a enfrentar com mútuas acusações, como sempre foi da natureza das demandas litigiosas de separação judicial, de anulação ou de nulidade de matrimônio (MADALENO, 2015, p. 598).

O instituto do desquite, que não dissolvia o vínculo conjugal, mas apenas interrompia as obrigações conjugais e sepultava a sociedade matrimonial, vigorou até o ano de 1977. Assim, os desquitados não poderiam contrair novo casamento. “A única possibilidade legal de romper com o matrimônio era o desquite, que, no entanto, não o dissolvia. Permanecia intacto o vínculo conjugal, a impedir novo casamento, mas não novos arranjos familiares [...]” (DIAS, 2015, p. 202).

3.2.2 Emenda Constitucional nº 9/1977 – Lei do Divórcio

A Constituição de 1934, apesar do fortalecimento do movimento divorcista, ainda assim previa em seu artigo 144 a indissolubilidade do vínculo matrimonial.

Art 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso ex officio, com efeito suspensivo.

Mesmo diante da pressão dos que defendiam a dissolução do casamento, as Constituições de 1937, 1946 e 1967, mantiveram o caráter indissolúvel daquele, contudo, na prática, esse fato já não mais correspondia à realidade social brasileira, uma vez que os “desquitados” já estavam formando novas “famílias”.

Foi a Constituição de 1934 que submeteu a indissolubilidade do Vínculo Matrimonial à chancela das leis constitucionais, em seu artigo 144. Ressalva LIMA que o texto constitucional, aprovado sob pressão ininterrupta da Igreja, foi bombardeado por inúmeras emendas que, na sua maioria, visavam suprimir da Carta a expressão 'indissolúvel' ou substitutivos, instituindo o Divórcio. O Constituinte de 1937, não tendo coragem de colocar-se contra o clero, manteve, no artigo 124, a mesma disposição da Constituição anterior. O mesmo sucedeu com a Constituição de 1946 que, em seu artigo 163, proclamou a indissolubilidade do Vínculo Matrimonial. Já a Constituição de 1967, bem como a Emenda Constitucional nº. 1, de 1969, em seus artigos, respectivamente, 167 e 175, mantiveram a indissolubilidade do Casamento que, na prática, não mais condizia com a realidade social brasileira. É cediço que a introdução do instituto do Divórcio no ordenamento jurídico brasileiro dependeu de uma série de fatores e de uma acirrada batalha, sendo a vitória, contudo, fruto da liderança do senador Nelson Carneiro (GIRARDI, 2005, p. 4).

A Constituição de 1937 dispunha em seu artigo 124, que: “a família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção do seu encargo”.

Por sua vez, no art. 163 da Constituição de 1946, estava disposto que:

Art. 163. A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

§º1 - O casamento será civil, e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

§º2 - O casamento religioso, celebrado sem as formalidades deste artigo, terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

Ao mesmo passo, a Constituição de 1967, em seu artigo 167:

Art. 167. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§1º - O casamento é indissolúvel.

§2º - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

§3º - O casamento religioso celebrado sem as formalidades deste artigo terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público mediante prévia habilitação perante, a autoridade competente.

A partir de 1977, com a edição da lei 6.515, de 26 de dezembro deste ano, que ficou conhecida como “lei do divórcio”, o desquite passou a ser chamado de separação judicial. As causas taxativas que autorizavam o desquite foram mantidas, tendo sido acrescentada a possibilidade da separação no caso de grave doença mental, desde que o pedido fosse manifestado após 5 (cinco anos) de comprovação da não possibilidade de cura da doença (art. 5º, § 2º).

Apesar da forte resistência dos segmentos mais conservadores, depois de 27 anos de incansável luta, o Senador Nelson Carneiro, mediante reforma constitucional, conseguiu acabar com a indissolubilidade do casamento (EC 9/77). No entanto, para a aprovação da Lei do Divórcio (L 6.515/77), algumas concessões foram feitas. Uma delas foi a manutenção do desquite, com singela alteração terminológica. O desquite (ou seja, não "quites", alguém em débito para com a sociedade), foi denominado de separação, com idênticas características: pôr fim à sociedade conjugal, mas não dissolver o vínculo matrimonial (DIAS, 2015, p. 203).

O artigo 175, § 1º, da Constituição de 1967 teve sua redação alterada pela EC nº 9/77, passando a dispor a partir de então que: “o casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”. Assim, primeiro as pessoas precisavam se separar, para só então depois a separação poder ser convertida em divórcio.

Indubitavelmente o divórcio só passou a ser legalmente regulamentado após intensa pressão social, que se consubstanciou em debates sociais e religiosos. Apesar disso, por questões de política legislativa, esta normatização foi conservadora, posto que o divórcio, em regra, não podia ser concedido de forma direta.

Excepcionalmente previu-se o divórcio direto, o qual só era admitido desde que preenchidos cumulativamente os seguintes requisitos: as partes estivessem

separadas há mais de 5 anos; este prazo tivesse sido implementado antes da alteração constitucional e a causa da separação fosse comprovada. Com a promulgação da Constituição de 1988, o divórcio direto passou a ser admitido não mais em caráter excepcional, havendo também uma redução do prazo da separação de fato de 5 para 2 anos, assim como não se exigindo mais a comprovação da causa da separação como condição para a concessão daquele (art. 226, § 6º, da CF/88).

Para a obtenção do divórcio, eram impostos vários entraves. Primeiro as pessoas precisavam se separar. Só depois é que podiam converter a separação em divórcio. A dissolução do vínculo conjugal era autorizada uma única vez (LD 38). O divórcio direto era possível exclusivamente em caráter emergencial, tanto que previsto nas disposições finais e transitórias (LD). Nitidamente a intenção era admiti-lo somente para quem se encontrava separado de fato há mais de cinco anos, quando da emenda da Constituição: 28 de junho de 1977. Era necessário o atendimento cumulativo de três pressupostos: a) estarem as partes separadas de fato há cinco anos; b) ter esse prazo sido implementado antes da alteração constitucional, c) ser comprovada a causa da separação. A jurisprudência aos poucos emprestou interpretação mais elástica a esse dispositivo. E, não teve jeito, os avanços foram de tal ordem que obrigaram a Constituição de 1988 a institucionalizar o divórcio direto, não mais com o caráter de excepcionalidade. Houve a redução do prazo de separação para dois anos e foi afastada a necessidade de identificação de uma causa para a sua concessão (CF 226 § 6º) (DIAS, 2015, p. 203).

Interessante ressaltar também que o artigo 38 da Lei 6.515/77, estabelecia que somente poderia ser concedido um único divórcio por pessoa, dispositivo este que foi revogado com a edição da lei 7.841/89.

3.2.3 Mudanças elencadas na Constituição Federal de 1988

Após a lei do divórcio, e antes da edição da EC nº 66/2010, a Constituição Federal de 1988 exigia que nos casos de divórcio por conversão, o período da separação judicial fosse de no mínimo 1 ano (art. 226, § 6º, da CF/88, antes da EC 66/2010- “§6º o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, comprovada a separação de fato por mais de dois anos”).

Como mencionado no item anterior, em 1989 foi editada a lei 7.841 regulamentando: o CC/16 - revogou o seu artigo 358; e a lei 6.515/77- deu nova redação ao art. 36, parágrafo único, I e ao art. 40 e revogou os artigos 38 e 40, § 1º.

Carlos Roberto Gonçalves sintetiza brilhantemente essas mudanças:

A Constituição de 1988 e a Lei 7.841/89 possibilitaram a escolha pelos cônjuges da via de separação judicial e sua conversão em divórcio após um ano, ou o divórcio direto após dois anos de separação de fato, iniciada a qualquer tempo (GONÇALVES, 2014, p. 192).

A lei 8.408/89 deu nova redação ao artigo 5º, § 1º e ao artigo 25 da lei 6.515/77. No artigo 5º, § 1º, passou a estabelecer que a separação judicial podia ser requerida desde que a ruptura da vida comum tivesse ocorrido há pelo menos 01 ano. Já no artigo 25 promoveu a alteração do prazo para a conversão da separação judicial em divórcio de 03 para 01 ano- “divórcio conversão” ou “divórcio indireto”. Neste último dispositivo ainda tratou acerca da modificação do nome da mulher. Vejamos:

Art. 25. A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges existente há mais de um ano, contada da data da decisão ou da que concedeu a medida cautelar correspondente (art. 8º), será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou.
Parágrafo único. A sentença de conversão determinará que a mulher volte a usar o nome que tinha antes de contrair matrimônio, só conservando o nome de família do ex-marido se alteração prevista neste artigo acarretar:
I - evidente prejuízo para a sua identificação;
II - manifesta distinção entre o seu nome de família e dos filhos havidos da união dissolvida;
III - dano grave reconhecido em decisão judicial.

Atualmente, Constituição Federal de 1988, atendendo ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, prevê em seu artigo 226, § 6º, a dissolubilidade do casamento pelo divórcio, o que representa um avanço jurídico.

3.3.3 Das Causas Terminativas – Código Civil – 2002

Em 2002 o novo Código Civil passou a disciplinar sobre a separação e o divórcio, revogando alguns dispositivos da lei 6.515/77. Somente os artigos 3º, §§ 2º e 3º; 8º; 34 e seguintes, da lei do divórcio, os quais tratam de matéria processual, continuam vigentes. Houve, portanto, a revogação parcial da lei 6.515/77.

Assim, foi ab-rogada, em sua maior parte, a Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, conhecida como Lei do Divórcio, que tratava da matéria, conservando-se vigentes nessa lei apenas algumas das disposições, cujas matérias não foram tratadas no novo Código Civil, como aquelas constantes de seus arts. 3º, §§2º e 3º, e 8º e outras regras previstas nos arts. 34 e

segs., de ordem processual (MONTEIRO, 2004, p. 238).

O atual Código Civil dispõe em seu art. 1.571 sobre as causas que implicam o fim da sociedade conjugal, dentre as quais a separação judicial e o divórcio. No § 1º, do referido artigo estabeleceu-se de forma expressa a extinção do casamento em razão da morte presumida de um dos consortes.

A separação por mútuo consentimento e a separação litigiosa, bem como o divórcio conversão e o direto, estão disciplinados no Código Civil/2002 com a mesma redação da lei do divórcio.

Como mencionado, as causas terminativas da sociedade conjugal estão especificadas no art. 1.571, do Código Civil que são: morte de um dos cônjuges, nulidade ou anulação do casamento, separação judicial e divórcio.

a) Pela morte de um dos cônjuges

O Código Civil/2002 em seu artigo 1.571, inciso I e § 1º, estabelece, respectivamente, que a morte real ou presumida de um dos cônjuges extingue a sociedade conjugal. A previsão da dissolução do casamento pela morte presumida é uma novidade trazida pelo atual Código Civil. Em relação à morte presumida a norma autoriza a abertura de sucessão provisória (art. 26 ao art.36 do CC/2002). A sucessão definitiva poderá ser requerida após dez anos depois de transitado em julgado a sentença que concedeu a abertura da sucessão provisória ou provando-se que o ausente conta com oitenta anos de idade e que de cinco datam as últimas notícias dele (arts. 37 e 38).

Agora, o Código Civil de 2002, inovando, e pondo termo definitivamente à controvérsia, expressamente dispõe que o casamento válido se dissolve não só pelo divórcio e pela morte real, como também pela morte presumida do ausente, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva (CC, arts. 1.571, § 1º, segunda parte, e 6º, e segunda parte). Tal abertura, que antes só acarretava efeitos de ordem patrimonial, passa a produzir também efeitos pessoais, na medida em que constitui, tal como a morte real, causa de dissolução do casamento do ausente. Uma vez que declarada judicialmente, permite a habilitação do viúvo a novo casamento (GONÇALVES, 2014, p. 192).

A morte presumida, também poderá ser declarada nos casos do artigo 7º, do Código Civil, vejamos:

Art. 7º Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:

I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;
II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.

Nesses casos, a sentença fixará a data provável do falecimento.

Deste modo, em razão de a morte presumida extinguir a sociedade e o vínculo conjugal, é permitido ao cônjuge supérstite contrair novas núpcias.

b) Pela nulidade ou anulação do casamento

As causas de nulidade ou anulação do casamento estão expressas nos artigos 1.548 ao 1.550, do CC/2002, que assim dispõem:

Art. 1.548. É nulo o casamento contraído:

I - pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil; (Vide Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

I - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

II - por infringência de impedimento.

Art. 1.550. É anulável o casamento: (Vide Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

I - de quem não completou a idade mínima para casar;

II - do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal;

III - por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558;

IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento;

V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges;

VI - por incompetência da autoridade celebrante.

§ 1º. Equipara-se à revogação a invalidade do mandato judicialmente decretada.

§ 2º A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbil poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015).

Insta salientar que nem a anulação nem a nulidade do casamento, enquanto não reconhecidas judicialmente, não ensejam a dissolução do vínculo conjugal, sendo requisito de eficácia para tanto a prolação de sentença judicial e seu trânsito em julgado. A ação anulatória do casamento tem natureza desconstitutiva. Assim esclarece Maria Berenice Dias:

Há uma severa confusão na lei que urge dissipar. Nem a anulação, nem a nulidade do casamento levam ao término da sociedade conjugal (CC 1.571 II). "Terminar" significa pôr fim, acabar, concluir. A mera nulidade, enquanto não reconhecida judicialmente, não afeta a higidez do casamento, que existe e produz todos os efeitos. A ação anulatória tem eficácia desconstitutiva, e a sentença só gera efeitos depois do seu trânsito em julgado. Assim, não é a nulidade ou a anulação do casamento que levam ao seu término, mas o trânsito em julgado da decisão judicial que o anula (DIAS, 2015, p. 564).

Tanto a declaração de nulidade quanto a anulação de casamento tem efeito *ex tunc*, desconstituindo-o desde a sua celebração, conforme redação do artigo 1.563, do CC/2002.

Uma vez decretada a anulação do casamento, os cônjuges voltam ao estado civil de solteiro.

c) Pela separação judicial

O Código Civil de 2002 aponta a separação judicial como uma das causas que põe fim à sociedade conjugal, desde que observado o prazo temporal para a conversão em divórcio. Entretanto, com a edição da Emenda Constitucional 66/2010, o instituto da separação perdeu sua eficácia, não sendo mais necessário se observar o prazo de 01 ano de separação entre os cônjuges, bastando que um ou ambos manifestem a vontade de extinguir o vínculo matrimonial.

Perdida a razão histórica da separação, fundada na indissolubilidade matrimonial e de obstáculo à obtenção do divórcio direto, sua permanência vai de encontro e não ao encontro dos valores contemporâneos que se projetaram na Constituição e no ordenamento jurídico brasileiros de autonomia e liberdade de entrar e sair de qualquer relacionamento conjugal (LÔBO, 2009, não paginado).

A EC 66/20 10, ao dar nova redação ao § 6.º do art. 226 da CF, banuiu o instituto da separação do sistema jurídico pátrio. A separação judicial não mais existe, restando apenas o divórcio que, ao mesmo tempo, rompe a sociedade conjugal e extingue o vínculo matrimonial. [...] Afastado o instituto da separação do texto constitucional, foram derogados todos os dispositivos da legislação infraconstitucional referentes ao tema.¹⁴ Não mais integram o sistema jurídico. Logo, não é possível buscar em juízo a decretação do rompimento da sociedade conjugal. Ainda que permaneça inalterado o Código Civil (arts 1.571 a 1.578), tal não significa que persiste o instituto (DIAS, 2015, p. 206).

A separação judicial servia para o casal avaliar ao longo do prazo temporal se realmente tinha certeza acerca da decisão de colocar fim ao casamento, o que se demonstrou sem muita eficácia, pois para isso não seria necessário acessar o

Judiciário, bastando a livre vontade dos cônjuges, o que hoje é permitido de forma rápida e mais simples, sem necessidade da intervenção estatal.

A separação tinha como única "vantagem" a possibilidade de o casal revertê-la, caso houvesse a reconciliação. Como a separação não terminava com o vínculo matrimonial, era assegurado o direito de os cônjuges votarem ao casamento sem precisarem casar novamente. Nada mais do que a consagração do que se pode chamar de "cláusula de arrependimento". Esse benefício da separação, porém, era deveras insignificante, até porque raras as reversões de que se tem notícia (DIAS, 2015, p. 208).

É possível a separação de corpos, quando os cônjuges optam por “dar um tempo” no relacionamento, sem que para isso necessitem se divorciarem. Deste modo, trata-se de um instituto que é “a alternativa para quem deseja pôr fim aos deveres conjugais e ao regime de bens, mas não quer dissolver o casamento ou liminar de urgência” (DIAS, 2015, p. 216).

O juiz expede alvará a quem deixou a residência do casal, embora ainda não haja previsão legal para tanto. Essa medida serve para afastar a presunção de paternidade de que desfruta o filho de homem casado (CC 1.597) e assegurar os efeitos patrimoniais da separação de fato.

Quando os cônjuges querem "dar um tempo", deixando de viver sob o mesmo teto, mas não querem se divorciar, de forma consensual podem fazer uso do procedimento de separação de corpos. O juiz expede alvará a quem se afastou da residência. Essa prática, ainda que não disponha de previsão legal, acabou institucionalizada e de largo uso. A medida serve para fixar os efeitos patrimoniais da separação de fato e afasta a presunção de paternidade de que desfruta o filho de homem casado (CC 1.597) (DIAS, 2015, p. 2014).

Cabe também a cautelar de separação de corpos, nos casos previstos no art. 1 562 e de violência doméstica, antes mesmo da ação do divórcio. Este artigo, remanescente do artigo 223, do Código Civil de 1916. Ocorre que, hoje é possível medida protetiva de afastamento do lar comum, apenas com o registro de ocorrência policial (Lei 11.340/06 - Lei Maria da Penha, art. 12, III), não é preciso maiores provas, havendo alegação de violência doméstica.

O pedido de afastamento do cônjuge do lar, também pode ser feito na ação de divórcio, a título de tutela antecipada (CPC 303), em sede liminar, sem a ouvida do réu (*inaudita altera pars*), ou depois da audiência de mediação e conciliação (CPC 696), não sendo necessário provar o risco.

Caso os cônjuges já estejam separados de fato, admita-se a separação de corpos para evitar o retorno de um deles ao lar.

d) Pelo divórcio

O divórcio disciplinado no Código Civil de 2002 é aquele que resulta do processo de separação judicial. Ainda não houve revogação da norma em relação a esta matéria, apesar de muitos doutrinadores entenderem que com o advento da Emenda Constitucional 66/2010 o instituto da separação deixou de existir. “Ou seja, a separação se revela inócua juridicamente e, além disso, os efeitos que são pretendidos por meio dela podem ser, comodamente, obtidos através da separação de fato”. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 353).

À luz de tais considerações, forçoso é reconhecer que a Emenda Constitucional n. 66/10, alinhada no princípio da facilitação da dissolução do núcleo familiar, abraçado pelo Poder Constituinte Originário desde 5 de outubro de 1988, estabeleceu o divórcio como única forma dissolutiva do matrimônio, independentemente de qualquer lapso temporal. Equivale a dizer: o divórcio é um mero exercício de direito potestativo, sem prazo contemplado em lei e independentemente da vontade da outra parte (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 354).

No entanto, ainda consta no CC/2002 a redação do artigo 1.580, que elenca as modalidades de divórcio:

Art. 1.580. Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.

§ 1º A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou.

§ 2º O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos.

O divórcio direto exigia que os cônjuges estivessem separados de fato há no mínimo 2 anos, e o divórcio indireto era aquele que se realizava após um ano do trânsito em julgado da sentença em que foi decretada a separação judicial.

Insta salientar que em razão de não mais ser reconhecido juridicamente o instituto da separação, o divórcio indireto perdeu sua eficácia.

Com o advento da lei 11.441/2007, passou-se a admitir no ordenamento

jurídico brasileiro, além do divórcio judicial, que pode ser litigioso ou consensual, o extrajudicial consensual, realizado mediante escritura pública, desde que o casal não tenha filhos menores e haja consenso entre os cônjuges em relação a todas as questões elementares, inclusive em relação à partilha dos bens.

Efetivamente, o divórcio extrajudicial consensual, realizado mediante escritura pública lavrada por notário e assistência de advogado ou defensor público, exige a inexistência de filhos menores e acordo sobre todas as questões essenciais, inclusive sobre a partilha dos bens (Lei n. 11.441/2007) (GONÇALVES, 2014, p. 197).

4 DIVÓRCIO E SEPARAÇÃO EXTRAJUDICIAIS-LEI 11.441/2007

4.1 Simplificação do Divórcio

O ser humano e sua dignidade devem ser o centro e a valorização primordial de todo o ordenamento jurídico, já mencionava o humanismo iluminista do século XVIII. E realmente, as leis são elaboradas para a pessoa, para garantir uma vida com dignidade e o mínimo de direitos fundamentais. Como exemplo: o Código Civil de 2002 substituiu a expressão “homem” pelo vocábulo “pessoa”; a Constituição Federal de 1988, ficou conhecida como “Constituição cidadã”, em razão de assegurar direitos individuais e sociais, bem como por reconhecer o princípio da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, preceitua Neves sobre a escolha de casar e de não mais permanecer casado (a) como um inserido nos princípios constitucionais:

O humanismo iluminista do século dezoito já propunha que o ser humano e sua dignidade fossem o centro e o valor fundamental de todas as ciências, impondo assim também que fosse a preocupação máxima de todo ordenamento jurídico, de todo sistema jurídico. De fato, as normas são feitas para a pessoa, para sua plena realização existencial e social, devendo garantir o mínimo de direitos fundamentais aptos a fornecer-lhe e manter a vida com dignidade. Nesse sentido, andou bem o legislador pátrio ao substituir no Código Civil de 2002, a expressão “homem” pelo vocábulo “pessoa”. O que bem traduzir a repersonalização de todo o direito civil brasileiro e, porque não ousar dizer de todo o direito privado. Nesse particular ressalta a boa doutrina o quão marcante foi a Constituição Federal Brasileira de 1988, alcunhada de “constituição cidadã” imprimindo significativa alteração de valores e paradigmas. E efetivamente erguendo como valor crucial o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana provendo uma releitura especial de todo o direito privado e quicá do Estado Liberal. Cuidou o legislador pátrio de garantir que qualquer violação ou ameaça de violação de direitos reconhecidos tivesse direito de acesso amplo à ordem jurídica (art. 5º, XXXV da CF) que garante não apenas o acesso ao Poder Judiciário, mas efetivamente ao direito que deve ser socorrido por tutela jurisdicional justa, adequada, eficaz e preferencialmente célere. Já clamava Rui Barbosa que justiça tardia, é nenhuma justiça. Daí, o legislador infraconstitucional que não tardou em se preocupar com a presteza dessa tutela jurisdicional passando até a provar as conhecidas tutelas de urgência, a tutela cautelar e o poder geral de cautela do magistrado. Aliás, na seara processual há alguns anos estamos sob fluxo das sucessivas ondas reformistas do nosso CPC, principalmente desde 1994 tudo em prol de se reconstruir uma sociedade mais justa e solidária. No meu modesto sentir, o garantismo é sem dúvida o ressurgimento desse humanismo iluminista e que vem a fornecer caráter verdadeiramente instrumental ao direito tanto material como processual. O ideal constitucional vem em busca da liberdade de maneira que seja tão fácil casar como descasar, sem abandono de proteger a prole e o hipossuficiente na questão. A promoção da integridade e da dignidade humana se estende

desde seu aspecto físico, psíquico ao intelectual que devem corresponder aos direitos concretizados. É certo que a separação e o divórcio não são um mal para a sociedade, mas verdadeiramente um remédio para um mal (NEVES, 2011, p. 63).

Assim, a organização axiológica constitucional necessita sempre de vigorosa atualização legislativa que promova a restauração da liberdade, acabando com a obrigação de se permanecer casado contra a vontade, facilitando, deste modo, a dissolução da sociedade conjugal.

“Tanto o tempo mínimo exigido como a demora da prestação jurisdicional juntamente com a injuriosa burocracia são elementos perniciosos à pacificação social e fere de forma fulminante o direito ao acesso à justiça” (NEVES, 2011, p. 62). Nesse sentido, observa-se o avanço legislativo no que atine à normatização do divórcio extrajudicial, que fundamenta-se sobretudo no princípio da celeridade processual. Sobre a eficácia do uso dos princípios constitucionais, Ferreira argumenta:

Princípios não se confundem com normas jurídicas, mas podem consagrar-se nelas. Mesmo quando sejam normas, os princípios são superiores a elas, posto que são preceitos fundamentais. Os princípios são a causa e o fim do direito. Do mesmo modo, não se confundem com procedimentos técnicos: o operador do direito não deve confundir ou denominar princípios meros procedimentos técnicos. Os princípios inspiram estes procedimentos, mas a atenção acrítica à técnica esvazia o princípio e não raro constitui entrave à consecução do princípio (FERREIRA, 2008, p. 19).

A simplificação do procedimento da dissolução da sociedade conjugal se deu com o advento da lei 11.441 de 04 de Janeiro de 2007, originada do projeto de lei 4.725 de 2004. Esta lei foi criada com a finalidade de tornar mais ágeis e menos onerosos os procedimentos a que se refere: inventário, divórcio e separação, bem como de descongestionar o Poder Judiciário. Trouxe modificações que beneficiam tanto as partes quanto o Estado, pois ao permitir a realização de inventário e divórcio por escritura pública, possibilitou àquelas a resolução de suas demandas por meio da via extrajudicial, ou seja, por escritura pública, perante o tabelião, desburocratizando assim a via administrativa.

A possibilidade de a dissolução do casamento ocorrer extrajudicialmente, por pública escritura perante o tabelião (CPC 1.124-A), se não existem filhos menores ou incapazes, atendo ao movimento de desjudicialização dos conflitos, simplificação dos procedimentos, desburocratização dos serviços, visando a desafogar a justiça (DIAS, 2015, p. 230).

“Por inexistir conflito entre as partes, esses procedimentos são chamados de jurisdição voluntária” (DIAS, 2015, p. 230).

O procedimento trazido pela lei 11.441/2007 constitui-se em uma faculdade, uma vez que em seu artigo 1.124-A, dispõe que as partes “poderão” optar pelo divórcio extrajudicial.

A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento (GONÇALVES, 2014, p. 207-208).

Assim, no projeto de lei do qual se originou a lei 11.441/2007, há a exposição dos motivos que justificaram sua proposição:

A lei busca uma simplificação de procedimentos, ou seja, a lei é procedimental, não altera o direito material. 2. Via alternativa para os procedimentos de separação, divórcio, inventário e partilha, em que haja partes maiores e capazes em consenso; ou seja, a via judicial segue possível. 3. Maior racionalidade e celeridade, decorrente do procedimento notarial, que deverá ser mais apropriado para partes que estão em consenso, resguardando o Judiciário para as causas em que haja litígio. Desta forma, se obtém celeridade por duas vias: o procedimento consensual é mais rápido e o procedimento litigioso, pela via judicial também o será, posto que as causas consensuais não tomarão o tempo dos juízes. 4. Concentrar o Poder Judiciário na jurisdição contenciosa, seu destino tradicional, descentralizando para delegados do poder público a atividade consensual [...]. 5. Desafogar o Poder Judiciário, posto que o diagnóstico é de uma sobrecarga de causas, com tendência a crescimento, e o Estado não pretende ou não pode destinar mais recursos para aparelhar o Poder e fazer face à demanda. 6. Facilitar a vida do cidadão, visto que o procedimento notarial envolve burocracia menor. 7. Desonerar o cidadão, com a previsão de gratuidade para os atos de separação e divórcio e com tabelas de emolumentos notariais mais baratas do que as tabelas de custas em vigor na maioria dos Estados para os atos de inventário e partilha (FERREIRA, 2008, p. 13-48).

Como dito, com o advento da Emenda Constitucional 66/2010, o divórcio passou a ser admitido também na forma direta, não sendo necessário aguardar o lapso temporal da separação. Desta forma, o divórcio extrajudicial é permitido desde que sejam preenchidos os requisitos formais da lei 11.441/2007. Perdeu assim, o instituto da separação a sua finalidade. Ainda assim, é possível, a separação de corpos consensual ser formalizada por escritura.

Nítido, deveras, que tal artigo se presta apenas para a seara judicial, sendo forçoso aplicá-lo às disposições consensuais advindos da Lei nº. 11.441/07. Implicitamente, como o restabelecimento conjugal, a separação de corpos por escritura também está autorizada pela nova lei. [...]Nesse passo, vale lembrar – repita-se – se é admissível a reconciliação por escritura pública, a alteração ou não de patronímicos familiares (sobrenome), clausular sobre alimentos, também o é para a separação de corpos por escritura pública (RODRIGUES; SILVA, 2009, não paginado).

Posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 35, de 24 de abril de 2007- que disciplina a aplicação da lei nº 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro-, em razão das muitas divergências geradas por este diploma legal.

Notório afirmar que, “é facultada aos cônjuges a escolha da via judicial, ao invés da via extrajudicial, mesmo diante do preenchimento dos respectivos requisitos [...]”, de acordo com o art. 2º da resolução supracitada.

4.2 Aspectos Gerais da Lei

A lei 11.441/07, possui apenas cinco artigos, e foi criada para regulamentar os procedimentos extrajudiciais do inventário, divórcio e separação, realizados em Tabelionato de Notas, perante o tabelião, o qual lavrará a escritura pública se preenchidos todos os requisitos estabelecidos no artigo 1º da lei.

Buscando a racionalização das atividades processuais e a simplificação da vida jurídica dos cidadãos brasileiros, a lei 11.441/07 acresceu ao Código de Processo Civil o art. 1124-A, possibilitando o divórcio consensual em cartório, independentemente de procedimento judicial. *Giza, verbum* ad verbo, o dispositivo: “A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento. § 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis. § 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem sendo assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial. §3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 386).

O artigo 2º, da lei 11.441/2007 alterou o art. 1.031 da lei no 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil, que trata da partilha amigável, vejamos:

Art. 2º. O art. 1.031 da Lei no 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 1.031. A partilha amigável, celebrada entre partes capazes, nos termos do art. 2.015 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, será homologada de plano pelo juiz, mediante a prova da quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, com observância dos arts. 1.032 a 1.035 desta Lei.

O inventário extrajudicial não é objeto desta pesquisa, por isso não se faz necessário analisá-lo de forma minuciosa.

A partir do 3º artigo, a lei supracitada, expõe as condições para a realização do procedimento extrajudicial da separação e do divórcio. Quais sejam:

Art. 3º. A Lei no 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 1.124-A:

“Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

§ 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.

Estes requisitos serão analisados no próximo item. Necessário mencionar também que com o advento da Lei 13.105/2015- Novo Código de Processo Civil, algumas alterações ocorreram e serão objeto de análise no item 5.2 desta pesquisa.

Como mencionado no item anterior desta pesquisa, o Conselho Nacional de Justiça regulamentou a Lei 11.441/07, assim, como esclarece Maria Berenice Dias, que mesmo não concordando com as funções do CNJ, confirmou ser necessária as informações em razão da normatização singela do legislador:

O Conselho Nacional de Justiça regulamentou o procedimento de divórcio extrajudicial, extrapolando várias vezes suas funções: chega praticamente a legislar, ao invés de limitar-se a normatizar. Mas tal proceder é para lá de salutar em face da inércia irresponsável do legislador (DIAS, 2015, p. 231).

4.3 Requisitos Para a Realização

A lei 11.141/2007, em seu artigo 3º, aponta os requisitos do divórcio e

separação extrajudiciais. Os documentos exigidos podem variar de cartório para cartório. Analisemos as determinações legais:

a) Ser consensual

As partes devem concordar em relação a todos os aspectos do divórcio pela via administrativa. Em regra, o tabelião não pode se recusar a proceder ao registro da dissolução do casamento extrajudicialmente, em razão de se tratar de um negócio jurídico bilateral que resulta da autonomia de vontades. Contudo, o CNJ, na Resolução 35, estabelece que o tabelião pode se recusar a lavrar a escritura pública se houver fundados indícios de prejuízo a um dos cônjuges ou se existir dúvida em relação à declaração de vontade de um dos cônjuges.

Por falta de previsão legal, o tabelião não pode se negar a proceder ao registro da escritura dissolutória do casamento, pois se trata de negócio jurídico bilateral decorrente da autonomia privada, não comportando objeções ou questionamentos do Estado.⁶³ A recusa dá ensejo ao uso de mandado de segurança, havendo ainda a possibilidade de manejo, pela própria parte, do procedimento administrativo de dúvida (LRP 198 c/c 280). No entanto, a Resolução do CNJ⁶⁴ admite a possibilidade de recusa se houver fundados indícios de prejuízo a um dos cônjuges, ou em caso de dúvida sobre a declaração de vontades. A recusa, no entanto, deve ser fundamentada e fornecida por escrito. A negativa do notário nada mais é do que a transposição para a sede administrativa da chamada cláusula de dureza (CC 1.574 parágrafo único e LD 34 § 2 .0) , que desapareceu junto com a separação (DIAS, 2015, p. 233).

Assim, preceitua Silva:

Deve ser declarado pelos cônjuges que sua vontade é livre e espontânea, sua ciência das consequências e seu firme propósito de pôr fim à sociedade ou ao vínculo conjugal, sem hesitação e com recusa de reconciliação, assim como a ausência de filhos menores [...] (SILVA, 2011, p. 23).

b) Não haver filhos menores e incapazes das partes

A regra é, não havendo filhos menores ou incapazes, poderá ser realizado o divórcio extrajudicial. Havendo filhos menores e incapazes, a hipótese da via judicial é obrigatória. A norma é válida, pois em todos os casos em que estão envolvidos os interesses de menores (direitos indisponíveis), é necessária a intervenção do Ministério Público. Porém, parte da doutrina admite a possibilidade do divórcio ser

realizado extrajudicialmente, ainda que o casal tenha filhos menores ou incapazes, desde que, nesse caso, sejam tratadas apenas as questões relacionadas às núpcias do casal, como a partilha de bens e o uso do nome. Logo, haverá o fracionamento da dissolução do casamento, uma vez que na via administrativa serão discutidos tão somente os ajustes que dizem respeito aos interesses de caráter recíproco do casal, e na via judicial as questões relacionadas aos direitos dos filhos, a exemplo da pensão alimentícia e guarda.

Todavia, se o pacto não versar sobre eventuais direitos dos filhos, que são indisponíveis, o casal poderá deliberar a separação ou o divórcio por meio de escritura pública. Assim, fraciona-se a dissolução do casamento. Em sede administrativa, por meio de escritura pública, serão ajustados os interesses recíprocos de caráter disponível do casal, como a partilha de bens e o uso do nome, extinguindo-se a união conjugal. E, na via judicial, serão resolvidas as questões atinentes à guarda e visita dos filhos incapazes, bem como aos alimentos a eles devidos, além de outra eventuais divergências (DIAS, 2015, p.209).

Neste sentido o Enunciado 571, do Conselho da Justiça Federal (CJF), aprovado na VI Jornada de Direito Civil confirma:

Enunciado 571 do CJF: Se comprovada a resolução prévia e judicial de todas as questões referentes aos filhos menores ou incapazes, o tabelião de notas poderá lavrar escrituras públicas de dissolução conjugal.

Sobre a validade dos Enunciados, é correto afirmar que:

Apesar de não possuírem força normativa, tais enunciados, em regra, traduzem a opinião majoritária da doutrina e jurisprudência do Direito Civil Brasileiro, servindo de fonte confiável de interpretação (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL).

Este mesmo entendimento está no Provimento nº 48/08 da Corregedoria Geral da Justiça do Rio Grande do Sul – CGJ/RS, vejamos:

Artigo 1º - Fica criado o parágrafo 6º do artigo 619-C da Consolidação Normativa Notarial e Registral, com a seguinte redação: 'Artigo 619-C [...] Parágrafo 6º - É possível a lavratura de escritura pública de conversão de separação judicial em divórcio consensual, com ou sem partilha de bens, mesmo que existam filhos menores ou incapazes do casal, desde que não haja nenhuma alteração do que foi convencionado e homologado na separação judicial em relação aos direitos dos filhos menores ou incapazes.

Sendo assim, conclui Madaleno que “em nada interfere [...] o divórcio extrajudicial se o casal já cuidou de acordar em demanda precedente os interesses pertinentes à guarda, às visitas, e aos alimentos da sua prole menor ou incapaz [...]” (MADALENO, 2011, p. 304).

c) A presença do advogado de ambos os cônjuges, ou um que represente o interesse de ambos

Por se tratar de um negócio jurídico, não é necessário o comparecimento dos cônjuges ao cartório de notas para a dissolução do casamento, podendo ser representados por procurador com poderes específicos. Vale ressaltar que cada cônjuge pode constituir um advogado ou ambos podem constituir o mesmo advogado para representá-los.

Caso compareçam ao tabelionato, não há necessidade de apresentação de instrumento de procuração, bastando que todos firmem a escritura: partes e advogados. Cabe acompanhamento pela Defensoria Pública quando as partes se declararem pobres, sendo que nessa hipótese os atos notariais serão gratuitos (CPC 98 § 1.º IX). A gratuidade alcança também os atos registrares civil e imobiliário.

Não há necessidade do comparecimento dos cônjuges ao Cartório de Notas, já que se trata de um negócio jurídico, sendo possível que se façam representar por procurador com poderes específicos para o ato, outorgados por escritura pública. Detectada a natureza negocial da extinção matrimonial por escritura pública, não há como negar a possibilidade de representação privada por uma ou mesmo por ambas as partes interessadas, apenas exigida a concessão de poderes específicos e constituição por escritura pública. Além disso, como para o casamento os noivos podem estar representados por procurador (CC 1.535), impositivo conceder igual faculdade quando da sua dissolução. As partes precisam ser assistidas por advogado ou por defensor público, sendo que o mesmo profissional pode representar a ambos. Como foi dispensada a presença do magistrado e a intervenção do Ministério Público, a responsabilidade do advogado redobra. Comparecendo todos ao tabelionato, não há necessidade de apresentação do instrumento de procuração, bastando que todos firmem a escritura: partes e advogados. O acompanhamento cabe ser feito pela Defensoria Pública quando as partes se declararem pobres. Nessa hipótese, os atos notariais serão gratuitos (CPC 1.1 24-A § 3.º). A gratuidade alcança também os atos registrares junto aos registros civil e imobiliário (DIAS, 2015, p. 232).

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei. § 1º A gratuidade da justiça compreende: IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou

à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.

Quanto à partilha de bens, a Desembargadora Maria Berenice Dias esclarece:

Apesar de a lei referir e a Resolução do CNJ referendar que na escritura deva constar a descrição e a partilha dos bens comuns, não há como impor tal exigência. O Código de Processo Civil libera a partilha para momento posterior (CPC 731 parágrafo único). E o Código Civil admite o divórcio sem a prévia partilha (CC 1.581). Assim, ainda que existam bens, não precisam ser partilhados para o uso da via extrajudicial. Descabido impor o divórcio judicial pelo só fato de os cônjuges pretenderem manter indiviso o patrimônio comum. Ainda que recomendável, não há sequer a necessidade de serem arrolados os bens, bastando a referência de que a divisão do patrimônio não será realizada. Enquanto isso, os bens ficam em estado condominial. Nada impede que sejam partilhados alguns bens, restando os demais para serem divididos em momento posterior, quer por conveniência das partes, quer por inexistir consenso na partição. A partilha pode ser feita por contrato particular, mesmo quando ocorre a divisão de imóveis. Vale entre as partes e só não tem efeito perante terceiros (DIAS, 2015, p. 613).

Assim, poderá a partilha de bens ser feita posteriormente, sem que haja qualquer prejuízo para ambos os cônjuges.

Porém, para que o ato seja realizado, consta na resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça os seguintes documentos necessários:

Art. 33 Para a lavratura da escritura pública de separação e de divórcio consensuais, deverão ser apresentados: a) certidão de casamento; b) documento de identidade oficial e CPF/MF; c) pacto antenupcial, se houver; d) certidão de nascimento ou outro documento de identidade oficial dos filhos absolutamente capazes, se houver; e) certidão de propriedade de bens imóveis e direitos a eles relativos; e f) documentos necessários à comprovação da titularidade dos bens móveis e direitos, se houver [...].

Ainda, de acordo com a resolução CNJ 35/07, as partes devem declarar ao tabelião, “que a mulher não se encontra em estado gravídico, ou ao menos, que não tenha conhecimento sobre esta estado”. “Na hipótese de a mulher estar grávida, pela sistemática legal, não haveria a possibilidade de proceder-se à dissolução do casamento extrajudicialmente, até porque o nascituro faz jus a alimentos (lei 11.804/08)” (DIAS, 2015, p. 232).

Em relação ao nome, poderá o cônjuge optar se irá retornar ao seu nome de solteiro ou permanecer com o nome de casado. Lembrando que é direito do cônjuge esta escolha.

Da escritura devem constar estipulações sobre pensão alimentícia, partilha dos bens, manutenção do nome de casado ou retorno ao nome de solteiro.

Nada sendo referido a respeito do nome, presume-se que o cônjuge que adotou o sobrenome do outro vai assim permanecer. Porém, a qualquer tempo pode buscar a exclusão por meio de declaração unilateral, em nova escritura pública, não sendo necessária a via judicial. A alteração deve ser comunicada ao registro civil (DIAS, 2015, p. 232).

4.4 Espécies

Como o objetivo desta pesquisa é tratar a evolução no ordenamento jurídico dos institutos da separação e do divórcio, serão abordadas as espécies elencadas na lei 11.441/2007, mas sempre lembrando que, com o advento da emenda constitucional 66/2010, algumas modificações sobre o tema foram feitas.

A lei em questão, estabelece que a dissolução conjugal pode ser feita por meio do divórcio administrativo, que possui as seguintes espécies:

4.4.1 Separação extrajudicial

A separação extrajudicial, que não enseja a dissolução do casamento, mas tão somente da sociedade conjugal, tinha como efeito imediato a paralisação dos efeitos civis do compromisso assumido.

Assim, aquele que optasse pela separação por meio da via administrativa, rompia com os deveres conjugais de coabitação, fidelidade recíproca e regime de bens, para com o outro parceiro, porém também não poderia casar-se novamente, sendo necessário aguardar o prazo de 1 ano após a separação para pedir a conversão em divórcio.

Não havia competência de foro ou juízo para a realização do registro da escritura pública da separação, já previsto na Resolução n. 35 do CNJ por se tratar de ato notarial, contudo os cônjuges deveriam averbar a escritura somente no cartório onde o matrimônio foi registrado.

Também não havia necessidade de que fosse afirmada a causa da ruptura, por se tratar de separação consensual, em concordância de ambos os cônjuges.

4.4.2 Divórcio por conversão ou divórcio indireto

Passados um ano da separação por escritura pública ou até mesmo judicial,

as partes poderiam requerer a conversão da separação em divórcio, pela via administrativa. Um ou outro cônjuge podia solicitar a conversão em cartório.

Assim, era opcional realizar por meio de escritura pública a conversão da separação em divórcio, conforme dispõe o art. 52 da resolução nº 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça.

4.4.3 Divórcio direto extrajudicial

Após dois anos da separação de fato do casal era possível requerer diretamente o divórcio.

A Separação de fato ocorria quando os cônjuges decidiam colocar fim ao vínculo conjugal, sem, no entanto, recorrerem aos meios legais. Quando os casais não podiam, não queriam, ou não se sentiam preparados o bastante para divorciarem. Desta maneira, podiam permanecer até mesmo debaixo do mesmo teto, mas não buscavam mais os mesmos objetivos de vida.

Hoje, não há mais necessidade da separação ser requisito para o divórcio, como já mencionado, mas à época da lei analisada a separação de fato poderia ser provada em juízo através de depoimento de testemunhas, até mesmo utilizando-se de provas documentais, comprovante de residência (água, luz, internet, telefone de outro endereço). Necessário era o preenchimento dos requisitos de continuidade e notoriedade, para que a separação de fato, produzisse seus efeitos.

5 DIVÓRCIO E SEPARAÇÃO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010

5.1 Principais Mudanças - Uma Reflexão Constitucional

Em 13 de Julho de 2010, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional nº 66 que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, e foi fruto da PEC 28 de 2009, apelidada como PEC do Amor / PEC do Divórcio, de autoria do deputado Antônio Carlos Biscaia e outros. A Emenda eliminou os prazos para a obtenção do divórcio, suprimindo a separação de fato ou de direito, retratando um grande e importante avanço no Direito das Famílias. Assim estabelece o artigo 226, § 6º, da CF:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
 § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010).
 A Emenda Constitucional n. 66, de 14 de julho de 2010, conhecida como “PEC do Divórcio”, deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, retirando do texto a exigência, para o divórcio, do requisito temporal e da prévia separação (GONÇALVES, 2014, p. 182).

O projeto da emenda constitucional nº 66/10 foi proposto pelo IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, e pôs fim ao pressuposto necessário à decretação do divórcio, ou seja, a separação, sepultando assim o inútil, desgastante e oneroso processo ao qual os cônjuges eram submetidos. Sem necessidade, o casal que não mais nutria uma relação afetiva, aguardava o prazo de um ano para só então fazer a conversão da separação em divórcio.

A referida alteração resultou de proposta elaborada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família — IBDFAM, apresentada em 2005 pelo Deputado Antônio Carlos Biscaia (PEC n. 413/2005) e reapresentada em 2007 pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro (PEC n. 33/2007). A redação inicialmente proposta era a seguinte: § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei. A Câmara dos Deputados, todavia, acertadamente, suprimiu a parte final do aludido § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que passou a ter, assim, afinal, a seguinte redação: § 6º O casamento pode ser dissolvido pelo divórcio. Desse modo, a “PEC do Divórcio” passou a ter eficácia imediata e direta, afastando-se a possibilidade de eventuais limitações futuras, que poderiam advir de lei ordinária (GONÇALVES, 2014, p. 183).

Desta forma, o divórcio surge como medida jurídica para pôr fim ao casamento, como respeito à liberdade e garantias fundamentais expostas na Constituição Federal. Neste conceito, como dito, a liberdade que os indivíduos têm

de casar-se deve ser a mesma de não permanecer casados. Não que todo aquele que se casa deva pensar que em breve, por qualquer motivo, deverá desmanchar os laços matrimoniais, mas que “a liberdade de casar convive com o espelho invertido da mesma liberdade, a de não permanecer casado” (FACHIN, 2003, p. 194-195). Para isso, é certo que, todo casamento tende a manutenção, não se pode olvidar a possibilidade de cessação de afeto e respeito recíproco, encerrando o projeto familiar. Por isso, é fácil perceber que está presente no instituto do divórcio, o princípio da Dignidade Humana, consagrado constitucionalmente (art. 1º, III da CF), e do direito à vida digna, garantido pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, reconhecendo a pessoa humana, protegendo suas características físicas, psíquicas, morais e intelectuais. Assim, não há o que se falar de culpa, protegendo a intimidade dos casais, há apenas falta de afeto, de interesse em permanecer casados. Podendo cada indivíduo escolher seu caminho.

Surge, assim, nesse cenário, o divórcio como a medida jurídica de nítida inspiração garantista, concretizadora da própria liberdade humana de autodeterminação, reconhecida em sede constitucional (art. 226, § 6º). [...]. Equivale a dizer: embora seja certo e incontroverso que todo casamento tende à manutenção, não se pode olvidar a possibilidade de cessação do afeto, encerrando o projeto familiar. Pois bem, cessando o pacto de solidariedade afetiva, pela ausência de ideais de comunhão de vida, surge para cada consorte o direito de dissolver a união matrimonial que se imaginou eterna. [...]. O divórcio, portanto materializa o direito reconhecido a cada pessoa de promover a cessação de uma comunidade de vida (de um projeto afetivo comum que naufragou por motivos que não interessam a terceiros ou mesmo ao Estado – aliás, não sabemos mesmos se interessam a eles próprios). Por isso, toda e qualquer restrição à obtenção da ruptura da vida conjugal não fará mais do que convalidar estruturas familiares enfermas, casamentos malogrados, convivências conjugais em crise, corrosivas e atentatórias às garantias de cada uma das pessoas envolvidas [...] Nessa ordem de ideias, é fácil perceber que repugna a dignidade humana, consagrada constitucionalmente como valor precípuo do sistema jurídico, dificultar ou impedir que pessoas casadas possam, facilmente, dissolver o seu casamento. E mais. Impor dificuldades ou entraves jurídicos nesse momento importa em uma verdadeira degradação pessoal nas esferas psíquica, moral, intelectual e, por certo, física, afrontando a dignidade dos envolvidos. Nessa mesma esteira, a Declaração dos Direitos do Homem (art.12) e a Convenção da Europa (art. 8º) outorgam direitos fundamentais ao homem, conferindo proteção à vida privada e familiar (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 343-346).

Ora, se é direito da pessoa humana constituir núcleo familiar, também é direito seu não manter a entidade formada, sob pena ele comprometer-lhe a existência digna. É direito constitucional do ser humano ser feliz e dar fim àquilo que o aflige sem ter que inventar motivos. Desse modo, o direito de buscar o divórcio está amparado no princípio da dignidade humana, nada justificando a resistência do Estado, que impunha prazos e exigia a identificação de causas para pôr fim ao casamento (DIAS, 2015, p. 205).

Para afirmar os conceitos de humanização do divórcio, resguardados na Constituição Federal, Farias e Rosenvald afirmam:

Por isso, com as lentes garantistas da Constituição da República, é preciso, sem dúvida, enxergar a dissolução do casamento (agora simplificada pela Emenda Constitucional 66/2010) com uma feição mais ética e humanizada, compreendendo o divórcio como um instrumento efetivo e eficaz de promoção da integridade e da dignidade da pessoa humana. Essa humanização implica, inclusive, em evitar a excessiva exposição da intimidade do casal, fazendo que com que o divórcio esteja sintonizado em um novo tempo, no qual a dignidade do ser humano sobrepuje os formalismos legais (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 344).

A constituição do instituto do divórcio fundamenta-se nos princípios da autonomia de vontade e da mínima intervenção estatal na vida privada, uma vez que compete somente aos cônjuges a ponderação quanto ao rompimento ou não da sociedade conjugal. Assim, devem ser afastadas quaisquer discussões acerca da culpa. Ao Estado incumbe somente orientar e assegurar as condições necessárias para a realização da vontade privada e promover a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integra. Merece alusão à Teoria do Direito de Família Mínimo, que defende uma intervenção mínima do Estado nas relações familiares. O art. 1.513 do Código Civil em vigor prevê que: “É defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

Divórcio após a EC 66/10. Mudança de paradigma. Art. 226, § 6º, da CF/88. Norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral (autoaplicável ou “self-executing”). Fim do instituto da separação judicial. Princípio da intervenção mínima do Estado na vida privada. Autonomia de vontade do casal. Princípio da Intervenção mínima do Estado na vida privada. Autonomia de vontade do casal. Fim do afeto. Extinção do vínculo conjugal. Inexistência de requisito temporal para o divórcio. Direito potestativo. Sentença mantida. 1. Diante da alteração do art. 226, § 6º, da CF/88, não mais subsistem o instituto da separação judicial e as normas infraconstitucionais incompatíveis com o novel texto constitucional, devendo o divórcio ser reconhecido como direito potestativo. 2. É desnecessária a comprovação de transcurso de lapso temporal concernente à separação ou a qualquer justificativa quanto aos motivos determinantes da ruptura do vínculo conjugal, sequer da imputação da culpa, bastando o fim do afeto e o desejo de o casal se divorciar. Trata-se de deliberação personalíssima. Ademais, diante da laicidade e da imperiosa observância do princípio da dignidade da pessoa humana e da ruptura do afeto, a intervenção do Estado há de ser mínima na autonomia privada do casal (BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.00028.10.003359-7/001, da 7ª Câmara Cível. Rel. Des. Peixoto Henriques. Minas Gerais, BH, 08 de março de 2013. **Lex:** Jurisprudência do TJMG).

A intervenção do Estado deve, apenas e tão somente, ter o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à

manutenção do núcleo afetivo. O limite para a intervenção estatal, neste sentido, é a garantia da autonomia privada dos membros da família. Violada a autonomia familiar, estará configurado o excesso do Estado em sua intervenção. [...] Portanto, o princípio da Intervenção Mínima do Estado nas Relações Familiares determina que a intervenção estatal somente se justifica como meio garantidor da realização pessoal dos membros de uma família, devendo o Estado respeitar a autonomia privada e acatá-la como princípio fundamental (BARBOSA, 2014, não paginado).

Insta salientar que os princípios da intervenção mínima do Estado e da autonomia da vontade privada devem ser ponderados frente a outros princípios, a exemplo do princípio do melhor interesse da criança, o qual deve prevalecer nas hipóteses em que os cônjuges que estão em processo de dissolução conjugal, não ajustarem as questões relativas aos direitos dos seus filhos. Assim, não havendo acordo, caberá ao Poder Judiciário decidir sobre a guarda e sustento da prole, sempre visando o melhor interesse da criança e adequando seu parecer à deliberação do casal, e, sobretudo, às disposições legais.

5.1.1 Impacto no Instituto da Separação – Divergências Doutrinárias

Grande discussão levantou-se acerca do instituto da separação judicial, isso porque a Emenda Constitucional 66/2010, que deu nova redação ao art. 226, § 6º da Constituição Federal, afastou o instituto da separação e conseqüentemente a discussão em relação à causa da ruptura do vínculo conjugal. Com o novo sistema aqueles que se encontram no estado civil de separados, podem a qualquer tempo, requerer a conversão em divórcio.

Primus, é relevante realçar a preservação do estado civil das pessoas que já estão separadas, em juízo ou em cartório. É que a vigência e eficácia irradiante do novo Texto Constitucional não possuem o condão de afetar o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, como ressalvado pelo inciso XXXVI do art. 5º da própria *Lex Mater*. [...]. Cuida-se, de qualquer modo, de uma situação evidentemente transitória. **Por isso, nada impede que, a qualquer tempo, venham a se divorciar, consensual ou litigiosamente, uma vez que não há mais prazo para o divórcio** (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 356). (grifo nosso).

É possível, então, extrair algumas conclusões lógicas e imperativas decorrentes da leitura do novo Texto Magno: (i) a extinção da separação, judicial ou em cartório; (ii) superação dos prazos estabelecidos para o divórcio (sendo possível o divórcio mesmo que o casamento tenha sido celebrado a pouquíssimo tempo); (iii) impossibilidade de discussão da causa da dissolução nupcial (inclusive a culpa, que não mais pode ser debatida na ação de divórcio) (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 349).

Acontece que algumas normas infraconstitucionais mantiveram o instituto da separação no bojo de seus textos, o que ensejou calorosas discussões jurisprudenciais e doutrinárias acerca da manutenção ou não do instituto da separação no ordenamento jurídico brasileiro após a EC 66/2010. Em razão dos sólidos argumentos daqueles que defendem a eficácia e também dos que intercedem o contrário, esta controvérsia está longe de ter um fim. E para acalorar ainda mais, o Novo Código de Processo Civil, manteve o instituto nos diversos artigos relacionados ao assunto, usando as expressões “separação”, “separação judicial” e “separação consensual”.

Há quem defenda a manutenção da separação judicial em razão dos efeitos jurídicos provenientes da culpa, com reflexo nos alimentos e até na possibilidade de uma condenação por dano moral.

Isto porque alguns autores de alto prestígio acadêmico e profissional (Álvaro Villaça Azevedo, Regina Beatriz Tavares da Silva, Flávio Tartuce, Rogério Ferraz Donnini, entre outros), posicionam-se favoravelmente á permanência da possibilidade da discussão da culpa pelo fim da sociedade conjugal, mesmo diante da nova dicção do art. 226, § 6º, da Constituição Federal, seja com a manutenção do instituto da separação judicial ou extrajudicial em nosso ordenamento jurídico – posição agora reforçada com a edição do novo Código de Processo Civil -, seja com a abertura da possibilidade de discussão da culpa dentro da própria ação de divórcio, sob o argumento de que ela (culpa) é um sentimento inerente ao ser humano e, por isso, não poderia ser desprezado nas relações pessoais, de forma que negar sua existência para dissolver o casamento seria obstar o próprio dever de fidelidade entre os cônjuges; além disso, sua discussão seria imprescindível para a apuração da responsabilidade civil entre os consortes para a apuração de eventual dever de indenização entre eles, como também para bem definir o dever de alimentos entre os cônjuges, sem falar na questão da proibição do uso do sobrenome pelo cônjuge declarado culpado pelo fim do casamento (art. 1.578 do Código Civil) (FOSEN, 2015, p. 56).

Há os que afirmam que mesmo tendo o Código Civil e o Novo Código de Processo Civil mantido em seus textos expressões alusivas à separação, esse instituto se tornou ineficaz, pois “a Emenda Constitucional n. 66/10 extirpou do sistema jurídico brasileiro a separação, judicial ou em cartório, unificando as causas dissolutórias do matrimônio (que passaram a ser, tão somente, a morte e o divórcio)” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 352). Assim, a EC 66/2010, por ser uma norma de eficácia plena, tem aplicabilidade imediata e direta e é hierarquicamente superior às normas infraconstitucionais citadas.

Vejamos a conclusão abaixo:

Contudo, respeitado o entendimento daqueles que defendem essa posição, acreditamos ser mais convincentes os argumentos daqueles doutrinadores – não menos ilustres e que gozam de igual prestígio profissional e acadêmico (Rodrigo da Cunha Pereira, Maria Berenice Dias, Zeno Veloso, Rolf Madaleno, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, José Fernando Simão, Lênio Luiz Streck, Antônio Carlos Mathias Coltro, Giselda Maria Fernandes Novais Hiromaka, entre outros) – que se posicionam pelo fim do instituto da separação da impossibilidade de discussão da culpa pelo fim do casamento (FOSSEN, 2015, p. 56).

E com a extinção da separação tornam-se não recepcionados pelo Texto Constitucional todos os dispositivos infraconstitucionais que tratem dela ou de suas causas e efeitos, como por exemplo, os dispositivos do Código Civil que autorizavam a discussão sobre a culpa pela ruptura da vida conjugal (arts. 1572, caput, e 1.573) (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 355).

Para fortalecer os argumentos da ineficácia do instituto da separação, invocam-se os princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana; da Igualdade; Da Máxima Eficiência e Eficácia das Normas Constitucionais; Da Autonomia da Vontade Privada; Da Mínima Intervenção Estatal na Esfera Privada dos Indivíduos, Da Pluralidade das Entidades Familiares; Da Proteção Integral das Crianças e dos Adolescentes; entres outros. Mas talvez o de maior importância, apesar de ser um princípio implícito, é o Princípio da Proibição de Retrocesso Social (que se fundamenta nos princípios anteriormente citados), posto que o legislador não pode deixar de observar a realidade e as mudanças sociais ocorridas, sob pena de simplesmente sustentar um verdadeiro retrocesso social, aniquilando o exercício dos direitos sociais constantes na Magna Carta.

A separação era justificada pela possibilidade de uma eventual reconciliação do casal, pois em razão deste instituto não terminar com o vínculo matrimonial, poderiam os cônjuges voltar ao casamento, sem a necessidade de casar novamente. Porém, a separação de fato ou a separação de corpos preservam os interesses dos cônjuges. É o que assegura Maria Berenice Dias:

Um argumento derradeiro de quem quer assegurar sobrevida à separação: a possibilidade da reconciliação, ou seja, havendo arrependimento, não haveria necessidade de ocorrer novo casamento, que obrigaria a partilha dos bens ou a adoção do regime da separação obrigatória (CC 1.523 III e 1.641 I). Mais uma vez, a resistência não convence. Havendo dúvidas ou a necessidade de um prazo de reflexão, tanto a separação de fato como a separação de corpos, preservam o interesse do casal. Qualquer uma dessas providências suspende os deveres do casamento e termina com a comunicabilidade dos bens. A separação de corpos, inclusive, pode ser

levada a efeito de modo consensual por meio de escritura pública. E, ocorrendo a reconciliação, tudo volta a ser como era antes. Não há sequer a necessidade de revogar a separação de corpos. O único efeito - aliás, bastante salutar - é que os bens adquiridos e as dívidas contraídas durante o período da separação são de cada um, a não ser que o par convencie de modo diverso (DIAS, 2015, p. 557).

Desta maneira, o caráter binário do sistema deixou de existir, e hoje, a dissolução do casamento somente pode ser obtida pela morte, ou pelo divórcio, extinguindo-se a possibilidade de dissolução pela separação. Assim, a emenda constitucional 66/2010. “A orientação jurisprudencial que emana dos nossos Tribunais vem absorvendo, expressamente, essa compreensão, reconhecendo a abolição do instituto da separação do sistema jurídico brasileiro” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 354).

5.2 Separação de Corpos e de Fato

A fim de evitar repetição, vale ressaltar que o tema foi tratado no tópico 3.3.3.

“O CPC 2015 não prevê, expressamente, a separação de corpos, mas unificou os procedimentos. A nova legislação regulamentou o que já era praticado em diversas varas de família”. (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA-IBDFAM).

Por fim, todos os efeitos jurídicos que eram decorridos da separação judicial, hoje, através da separação de fato, podem ser obtidos produzindo os interesses dos casais.

5.3 Do Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105 de Março de 2015 – Das Ações de Família

Grandes e significativas mudanças ocorreram com a entrada em vigor do atual Código de Processo Civil que criou o procedimento especial das ações de família a partir do artigo 693 e seguintes. Os seguintes procedimentos poderão ser observados:

Art. 693 As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação. Parágrafo único. A ação de alimentos e a que versar sobre interesse de criança ou de adolescente observarão o procedimento previsto em legislação específica, aplicando-se, no que

couber, as disposições deste Capítulo.
Assim como conceitua Cássio Scarpinella Bueno:

As 'ações de família', que ocupam o Capítulo X do Título III do Livro I da Parte Especial do novo CPC, são fruto do Projeto da Câmara. A iniciativa é digna de notícia porque se preocupa em criar regras várias para a resolução de diversos conflitos do direito de família. Deverão observar o procedimento aqui disciplinado: os pedidos de divórcio, separação (que acabou prevalecendo na última etapa do processo legislativo), reconhecimento e extinção de união estável quando houver conflito ('contenciosos', diz o caput do art. 693) – dos consensuais ocupam-se os arts. 731 a 734 – e, além deles, os pedidos de guarda, visitação e filiação, também quando não houver consenso entre as partes. (...) Não há razão nenhuma para interpretar o rol do art. 693 como taxativo. Outros conflitos subsumíveis ao amplíssimo (e necessariamente mutável) conceito de família (famílias) devem observar o disposto neste novel procedimento especial, sem prejuízo, se for o caso, de também seguir o que constar de leis específicas (BUENO, 2015, p. 433-434).

Desta maneira, as ações de família receberam uma proteção especial e uma conotação também psicológica, de acordo com o art. 694, do NCPC, uma vez que devem ser priorizados os meios extrajudiciais de solução de conflito, a exemplo da mediação. Vejamos a redação do artigo citado:

Art. 694 Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação. Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

Cabe destacar que o parágrafo único do artigo supramencionado autoriza o juiz a suspender o processo a requerimento das partes, enquanto os litigantes estiverem se submetendo à mediação extrajudicial ou atendimento multidisciplinar. Lembrando que, de acordo com o art. 696 do CPC, “a audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual [...]”. Vislumbra-se nesse artigo o cuidado e a delicadeza do legislador em relação às ações de família.

São também algumas das inovações trazidas pelo NCPC: a citação deverá ser na pessoa do réu e poderá ser pelo correio ou oficial de justiça (art. 246, I e II do CPC); no mandado de citação constarão apenas os dados necessários à audiência, a fim de preservar as partes e não dificultar a solução consensual para o caso; o mandado de citação deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial,

assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo; a citação ocorrerá com antecedência mínima de 15 (quinze) dias da data designada para a audiência; e na audiência as partes deverão estar acompanhadas de seus advogados ou de defensores públicos (art. 695, §1º ao § 4º do CPC).

Vale destacar também que o Ministério Público somente intervirá nas ações de família quando houver interesse de incapaz, conforme redação do art. 698 do NCPC.

O divórcio é um direito fundamental potestativo, já que ainda que o outro cônjuge não concorde ou conteste a ação de divórcio, que tem natureza constitutiva negativa, o vínculo matrimonial será dissolvido.

A ação de divórcio não é ação condenatória, mas ação constitutiva negativa (ou desconstitutiva). O direito de pedir o divórcio não pode ser violado, pouco importam as razões do inconformismo do outro cônjuge. A contestação ou discordância daquele contra quem for deduzido o pedido de divórcio não possui qualquer relevância, nem pode obstar a prolação do decreto de dissolução do vínculo. Daí a natureza de direito fundamental potestativo (DELGADO, 2015, p. 630).

Logo, “o divórcio se tornou direito potestativo da parte interessada, bastando que esteja casada para a sua obtenção” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 376).

5.4 Espécies de divórcio atualmente

Atualmente, a doutrina majoritária estabelece apenas uma espécie de divórcio: o divórcio direto, que poderá ocorrer de forma consensual, litigiosa ou administrativa (em cartórios de notas). Alguns tribunais ainda admitem o divórcio por conversão para aqueles que deram entrada na separação judicial antes da Emenda Constitucional n.66/2010, mas, somente nessa hipótese.

Hodiernamente, por força da alteração no texto da norma constitucional (art. 226, § 6º), não mais há distinção técnica no divórcio, por não mais existir qualquer prazo para a sua concessão. Assim, o sistema jurídico dissolutório do casamento conta, tão somente, com uma única possibilidade de dissolução de casamento por ato entre vivos: o divórcio, sem qualquer lapso temporal ou indagação outra (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 378-379). Com o desaparecimento do divórcio por conversão, provocado pela emenda constitucional, restaram três modalidades de divórcio: a) divórcio judicial litigioso; b) divórcio judicial consensual; e c) divórcio extrajudicial consensual. Em todos, exige-se apenas a exibição da certidão de casamento (GONÇALVES. 2014, p. 196).

O divórcio por via administrativa, já foi explorado por esta pesquisa no capítulo 4.

5.4.1 Divórcio Judicial Consensual

Para a realização do divórcio consensual judicial, deve-se observar as regras do art. 731 do CPC:

Art. 731. A homologação do divórcio ou da separação consensuais, observados os requisitos legais, poderá ser requerida em petição assinada por ambos os cônjuges, da qual constarão:
 I - as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns;
 II - as disposições relativas à pensão alimentícia entre os cônjuges;
 III - o acordo relativo à guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas; e
 IV - o valor da contribuição para criar e educar os filhos.

“O divórcio consensual, também chamado de amigável, é a dissolução do casamento por acordo recíproco entre os cônjuges (por mútuo consentimento), dissolvendo o vínculo matrimonial” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 379). Vale destacar que o divórcio judicial consensual depende “para a sua validade e eficácia, a chancela estatal, através de homologação judicial (pelo juiz da vara de família)” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 379).

Trata-se de procedimento de jurisdição voluntária.

A sentença judicial no divórcio judicial consensual tem natureza desconstitutiva.

A sentença proferida pelo magistrado no divórcio consensual é desconstitutiva, alterando uma relação jurídica anterior, dissolvendo o casamento até então existente. Em linha de princípio, portanto, os seus efeitos são *ex nunc*, não retroagindo para atingir efeitos já propagados. Outrossim, trata-se de sentença *delibatória*, somente atestando a validade do ato praticado pelas partes, sem julgar a razão do pedido dissolutório (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 382). (grifo nosso)

“A via do divórcio judicial consensual poderá ser utilizada pelos casais que não desejarem ou não puderem se valer do divórcio extrajudicial consensual, por terem filhos menores, por exemplo” (GONÇALVES, 2014, p. 196).

Logo, os cônjuges podem tratar sobre questões patrimoniais ou ainda sobre os direitos indisponíveis de seus filhos, uma vez que não há qualquer óbice legal em

relação a esta última matéria, exigindo-se somente, em ambos os casos, que haja consenso entre os consortes.

5.4.2 Divórcio Contencioso

O divórcio contencioso, litigioso ou não amigável é aquele onde há a ausência de concordância entre as partes. Assim, em razão de não haver consenso entre os cônjuges, é necessário o auxílio do Poder Judiciário para resoluções dos conflitos.

Para a ação de divórcio, o foro competente requer algumas regras:

No CPC de 2015, a prerrogativa da mulher foi suprimida em favor dos filhos e do casal. O foro competente para a ação de divórcio será o do domicílio do guardião de filho incapaz; caso seja compartilhada ou não haja filho, a competência será do foro do último domicílio do casal; se nenhuma das partes residir no antigo domicílio do casal, será competente o foro de domicílio do réu (art. 53) (DELGADO, 2015, p. 652).

O divórcio litigioso no CPC/2015 segue procedimento especial de jurisdição contenciosa previsto nos arts. 693 a 699, como explicado anteriormente.

Depois de frustrada a audiência de mediação e conciliação, o réu é intimado para contestar no prazo de 15 dias, mas a contestação ou revelia não produzem qualquer efeito, pois não retarda e nem agiliza a decretação do divórcio, por isso, pode o juiz decretar o divórcio até mesmo em tutela antecipada, sendo direito potestativo.

A ação de divórcio poderá conter outros requerimentos, tais como a fixação de alimentos, a partilha de bens, a definição da guarda de filhos, sendo assim possível, a acumulação de pedidos, prevista no art 327 do Código de Processo Civil. Neste contexto, o juiz deve decretar logo o divórcio e prosseguir com o procedimento dos pedidos cumulados.

Assim que ocorrer o trânsito em julgado da sentença, serão expedidos mandados de averbação aos cartórios de registro civil e de imóveis e, caso qualquer dos cônjuges seja empresário, ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins (art. 734, § 3º, CPC).

6 LEVANTAMENTO E COMPARATIVO DAS SEPARAÇÕES E DIVÓRCIOS OCORRIDOS NA 24ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE ARACAJU/SE NOS ANOS DE 2009 E 2015

Quadro 1- comparativo dos divórcios e separações na 24ª Vara Cível da Comarca de Aracaju/SE entre os anos de 2009 e 2015.

CLASSES	ANO - 2009			
	RES	INI AND	JUL	AND-P
SEPARAÇÃO JUDICIAL	0	0 0	0	0
	ANO - 2015			
	0	0 0	0	0

CLASSES	ANO - 2009			
	RES	INI AND	JUL	AND-P
DIVORCIO P/ CONVERSÃO	0	0 0	0	0
	ANO - 2015			
	0	0 0	0	0

CLASSES	ANO - 2009			
	RES	INI AND	JUL	AND-P
DIVORCIO LITIGIOSO	0	0 79	1	1
	ANO - 2015			
	0	96 97	102	84

CLASSES	ANO - 2009			
	RES	INI AND	JUL	AND-P
DIVORCIO JUDICIAL CONSENSUAL	1	1 17	0	0
	ANO - 2015			
	10	66 17	63	13

CLASSES	ANO - 2009			
	RES	INI AND	JUL	AND-P
SEPARAÇÃO DE CORPOS	0	0 3	0	0
	ANO - 2015			
	0	0 3	1	0

Fonte: 24ª Vara Cível da Comarca de Aracaju/SE

Legenda:

RES: Resíduo

INI: Iniciados no período

JUL: Julgados no período

AND-P: Andamento no Período (Resíduo + Iniciados – Julgados)

AND: Andamento Atual

6.1 Considerações finais

Observa-se que, os maiores índices de divórcio litigioso, ocorreram no ano de 2015, isso porque, com o advento da emenda Constitucional 66/2010, o lapso temporal foi retirado, dando mais autonomia e celeridade às ações de divórcio.

Neste mesmo contexto, ocorreu com o divórcio consensual judicial, em 2009, não foram julgados nenhum, estavam em andamento 17 processos. Porém, em 2015, o número de ações de divórcio julgadas, foram de 63 e mais 17 em andamento. Demonstra mais uma vez, que além de facilitar a dissolução matrimonial, a Emenda trouxe desafogamento judicial.

Infelizmente, observa-se que, o número de divórcio litigioso e de caráter beligerante, ainda é maior do que o consensual. Talvez seja porque os cônjuges ficam motivados por mágoas, remorsos e um espírito de vingança pelo cônjuge que foi contrário a separação ou por aquele que foi traído na relação. O que não deveria, pois o mesmo respeito que envolve os noivos na hora de casar, deveria ser também para desmanchar a sociedade e o vínculo conjugal e assim, terem consideração pelos tempos de convivência mútua.

7 CONCLUSÃO

O instituto do casamento, durante muitos anos no Brasil, da descoberta em 1500 até meados de 1890, era apenas de caráter religioso, ficando a Igreja Católica, responsável pelas celebrações dos cônjuges, que também deveriam professar a religião. As mudanças só ocorreram porque a sociedade brasileira da época foi aumentando com os imigrantes e novas religiões foram surgindo. O Estado então, viu-se obrigado a discutir sobre o casamento e seus efeitos não só como sacramento mas também como efeitos civis. As discussões surgiram para que o Conselho do Estado opinasse a respeito e trouxesse a luz à necessidade da legislação acerca do assunto. O que se notou é que aos poucos a Igreja teve que se adaptar com a nova sociedade e a imposição legal, aceitar que outras pessoas de outras religiões conseguissem realizar seus casamentos.

Não diferente, a dissolubilidade do casamento era impossível, pois também mantinha um aspecto religioso. Somente em 1977, apesar da forte resistência dos segmentos mais conservadores, depois das constituições de 1937, 1946 e 1967, é que a Emenda Constitucional nº 9, alterou as normas, permitindo a dissolução do casamento, após três anos de separação. Pouco depois, no mesmo ano, a lei 6.515, foi publicada: Lei do Divórcio. Agora sim, apesar da forma lenta que a norma trouxe, os cônjuges poderiam colocar fim a sociedade conjugal e também ao vínculo conjugal, sendo permitido casarem novamente.

A Constituição de 1988, preservou o Instituto do divórcio, contudo, com a redação em que permitia o divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. Andou bem o legislador, diminuiu o lapso temporal, mas também com o tempo, mostrou-se ineficiente, pois os cônjuges, ainda precisavam aguardar o prazo para então colocarem fim ao casamento.

Em 2007, a norma autorizou a separação e o divórcio extrajudiciais, facilitou para quem não tem filhos menores ou incapazes e que em comum acordo, podendo ser realizado caso esses estejam resolvidos. Mas ainda assim, era necessário passar pelo calvário do instituto da separação.

Somente após a Emenda Constitucional 66/2010, ao dar nova redação ao § 6.º do art. 226, é que a legislação autorizou a dissolução do casamento civil através do divórcio direto, assim, alterou o paradigma de todo o Direito da Famílias. Deixou o

Estado de ingerir-se na vida das pessoas, respeitando o Princípio da Autonomia da Vontade, observou que não mais pode impor a manter vínculos jurídicos, quando não mais existem laços afetivos. Sob essa ótica, quando inexistir o afeto, não é mais necessário permanecer casado, bastando apenas a qualquer um dos cônjuges, o desejo de não mais permanecer casado. Com o advento da Emenda, foram eliminadas a separação e a discussão da culpa pelo fim do casamento.

Embora o instituto da separação tenha sido mantido no Código de Processo Civil que entrou em vigor neste ano, já nasceu morto, pois deve-se entender que estão revogados tacitamente os dispositivos infraconstitucionais que tratam dos institutos da separação judicial e extrajudicial, caso dos arts. 1.571, 1.572, 1.573, 1.574, 1.575, 1.576, 1.578 e 1.580 do Código Civil; além dos arts. 1.120 a 1.124-A do Código de Processo Civil de 1973. Revogados por uma aversão constitucional superveniente, assim como sustenta a doutrina majoritária. Desta forma, o mesmo pensamento, vale para todas as regras do Novo Código de Processo Civil que mencionam a separação de direito. Provavelmente, no futuro, deverá por via legislativa própria, serem eliminados os dispositivos do Código Civil e o atual Código de Processo Civil, extinguindo da legislação a separação como um instituto de Direito de Família, respeitando o princípio da proibição de retrocesso social.

No que tange ao divórcio, esse é um Direito Fundamental, pois está diretamente ligado à dignidade da pessoa humana. Ganhou-se os brasileiros, mais autonomia de vontade, assim, a mesma autonomia de casar, também vigora para divorciar.

Durante muitos anos, o Estado interferiu e ditou as regras que escravizavam as pessoas a viverem juntas, em casamentos de aparência, sem que pudessem ter a liberdade de decidirem suas próprias vidas. Estando sujeitas a conviver com desafeto, desrespeito, ou até mesmo violência doméstica. Demorou anos, mas hoje, o que importa é que a emenda Constitucional 66/2010, colocou fim às amarras históricas e religiosas que caracterizavam o ordenamento jurídico brasileiro e deu liberdade e autonomia para todos, respeitando os princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade e da intervenção mínima estatal.

Enfim, um grande positivo e expressivo avanço no Direito de Famílias.

APÊNDICE

Questionário realizado na 24ª Vara Cível da Comarca de Aracaju/SE, sobre o tema separação e divórcio.

1. Qual a média de divórcio realizados mensalmente nesta Vara?

2. O Novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor esse ano, em seu artigo 696, estabelece que *as audiências de mediação e conciliação poderão ser divididas em quantas forem necessárias, para viabilizar a solução consensual*. Na prática, isso vem ocorrendo?

3. É possível a realização do divórcio consensual ser direcionado para a via administrativa, mesmo que o casal tenha filhos menores, nascituros ou incapazes, quando os assuntos relacionados a estes (guarda, visita, alimentos, etc...) já estiverem solucionados?

4. De acordo com o artigo 694, parágrafo único do CPC, existe a possibilidade de atendimento multidisciplinar para as ações de família? Como isso ocorre na prática?

5. Como ocorre a separação de corpos, apenas na possibilidade de violência doméstica?

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Pedro Henrique Vianna. **A Constitucionalização do Princípio da Intervenção Mínima do Estado nas Relações Familiares**. Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_12014/PedroHenriqueVBarbosa.pdf. Trabalho de conclusão de curso de pós-graduação, Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2014. Acesso em: 25 out. 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <https://www.google.com.br/search?q=c%C3%B3digo+civil&oq=c%C3%B3digo+&aq=s=chrome.1.69i57j69i59l3.6270j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>. Acesso em: 15 set. 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 35, de 2007**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_35.pdf. Acesso em: 21 out. 2016.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 27 set. 2016.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 27 set. 2016.

_____. **Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181.htm>>. Acesso em: 05 out. 2016.

_____. **Decreto-lei 2848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>>. Acesso em: 28 set. 2016.

_____. **Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>>. Acesso em: 07 out. 2016.

_____. **Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

_____. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>>. Acesso em: 28 set. 2016.

_____. **Lei 8.408, de 13 de fevereiro de 1992.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8408.htm>. Acesso em: 12 out. 2016.

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 12 out. 2016.

_____. **Lei 11.106, de 28 de março de 2005.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11106.htm.htm>>. Acesso em: 15 set. 2016.

_____. **Lei 11.441, de 4 de janeiro de 2007.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm>. Acesso em: 17 set. 2016.

_____. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>>. Acesso em: 21 out. 2016.

_____. **Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc09-77.htm>>. Acesso em: 07 out. 2016.

_____. **Emenda Constitucional nº 66 de 13 de julho de 2010.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm>. Acesso em: 17 set. 2016.

_____. Senado Federal. **Proposta de emenda à Constituição nº 28, de 2009-**

PEC do amor/PEC do divórcio. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/91651>. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.00028.10.003359-7/001, da 7ª Câmara Cível. Rel. Des. Peixoto Henriques. Minas Gerais, BH, 08 de março de 2013. **Lex:** Jurisprudência do TJMG. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=4&totalLinhas=50&paginaNumero=4&linhasPorPagina=1&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&listaOrgaoJulgador=1-7&listaRelator=374989&dataPublicacaoInicial=08/03/2013&dataPublicacaoFinal=09/03/2013&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>.

DELGADO, Mário Luiz. **Tratado de Direito das famílias. Divórcio: conceito e natureza jurídica. O divórcio como direito da personalidade.** Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

DIAS, MARIA BERENICE. **Manual de direitos das famílias.** 10ª ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família.** 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro.** 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil. Famílias.** 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil.** 5 ed. São Paulo: Edusp, 1997.

FERREIRA, Paulo Roberto G. **Introdução: uma lei de procedimentos.** In: FISCHER, José Flávio Bueno (Apres.). Escrituras públicas: separação, divórcio, inventário e partilha consensuais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 13-48.

FILHO, Adalberto Borges. **O Novo Panorama do Divórcio no Brasil: O Fim da Separação Judicial [?].** Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9667>>. Acesso em: 27 set. 2016.

FOSEN, Maurício. **O novo CPC implicou em alguma alteração na situação da separação judicial perante o sistema jurídico brasileiro?** Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões. Belo Horizonte, v. 10, Jul/Ago. 2015

GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. **A evolução do Direito de Família Brasileiro e o instituto do divórcio: uma proposta político-jurídica.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/159.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2010.

GONÇALVES, Ailton Souza; SIQUEIRA, Neusa Valadares. **O Casamento nas Constituições de 1824 e 1891, na disputa entre o Poder Civil e o Eclesiástico.** Disponível em: <<<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/cr/article/download/6446/4553>>>. Acesso em: 27 set. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família.** 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOULART, Leandro Henrique Simões; MOURA, Priscila Chagas de. **EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66, DE 13 DE JULHO DE 2010: A Nova Concepção do Divórcio e a Permanência do Instituto da Separação.** Disponível em: <<<http://blog.newtonpaiva.br/pos/wp-content/uploads/2013/04/PDF-E5-D08.pdf>>>. Acesso em: 17 set. 2016.

JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. **Capacidade para o casamento.** Disponível em: <<<http://www.recivil.com.br/preciviladm/modulos/artigos/documentos/ARTIGO%20RECIVIL%20AGOSTO%20DE%202013%20CAPACIDADE%20PARA%20O%20CASAMENTO.pdf>>>. Acesso em: 16 set. 2016.

LÔBO, Paulo. **PEC do divórcio: consequências jurídicas imediatas.** Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte, IBDFAM, n. 11, p. 5-17, ago.-set. 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O oráculo de Delfos. Conselho de Estado no Brasil-Império.** São Paulo: Saraiva, 2010.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MADALENO, Rolf. **Separações e Anulações – culpa e responsabilidades ou fim da conjugalidade. Tratado de Direito das famílias,** Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas Modalidades de família na Pós-Modernidade.** 2010. 348 f. Tese (Doutorado em Direito)- Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2001.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado, vol. 8: Direito de Família: dissolução da sociedade conjugal e eficácia jurídica do casamento.** Rio de

Janeiro: Borsoi, 1955.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. V. 2. 37 ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

MONTEMURRO, Danilo. **A história do divórcio no Brasil**. Disponível em: <<<http://painelacademico.uol.com.br/painel-academico/5450-a-historia-do-divorcio-no-brasil>>>. Acesso em: 05 out. 2016.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NETO, Inácio de Carvalho. **O Novo Código Civil e a caducidade da separação de corpos**. Disponível em: <<seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/download/770/634>>. Acesso em: 07 out. 2016.

NEVES, Gustavo Kloh Muller. **Direito de Família**. 3ª ed. Fundação Getúlio Vargas (FGV): Rio de Janeiro, 2011.

OBEID, Rafael Issa. **Notas sobre as origens do casamento civil no Brasil**. Disponível em: <<<https://jus.com.br/artigos/23332/notas-sobre-as-origens-do-casamento-civil-no-brasil>>>. Acesso em: 27 set. 2016.

RIBEIRO, Simone Clós César. **As inovações Constitucionais no Direito de Família**. Disponível em: <<<https://jus.com.br/artigos/3192/as-inovacoes-constitucionais-no-direito-de-familia/1?class=date>>>. Acesso em: 27 set. 2016.

RODRIGUES, Auro de Jesus. **Metodologia Científica**. 4 ed., ver., ampl., Aracaju: Unit, 2011.

RODRIGUES, Felipe Leonardo; SILVA, Luiz Carlos Elchin Ferreira da. **Anotações acerca da possibilidade de realizar separação de corpos por escritura pública**. Disponível em: <<[RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2002.](http://www.notariado.org.br/__inc/Download.PDF.php?DirIni=X19Eb2N1bWVudG9zL1VwbG9hZGF9Db250ZXVkb39maWxlc38=&Doc=QU5PVEEIQzMIODclQzMIOTVfUyUyMEFDRVJDQSUyMERBJTIwUE9TU0ICSUxJREFERSUyMERFJTlwUkVBTEIaQVlIMjBTRVBBUkEIQzMIODclQzMIODNPJTlwREUIMjBBDT1JQT1MIMjBQT1IIMjBFU0NSSVRVUkEIMjBQJUMzJTIBQkxJQ0EucGRm.>>. Acesso em: 21 out. 2016.</p>
</div>
<div data-bbox=)

SANT'ANNA, Valéria Maria. **Divórcio após a emenda constitucional 66/2010: teoria e prática**. São Paulo: Edipro, 2010.

SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional da Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVA, Regina Beatriz Tavares. **A Emenda Constitucional do divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de Família**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Efeitos jurídicos do casamento. Disponível em: <http://www.centraljuridica.com/doutrina/125/direito_civil/efeitos_juridicos_do_casamento.html>. Acesso em: 28 set. 2016.

FMJur. **Novos enunciados CJF VI Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<<https://fmjur.wordpress.com/2013/04/09/novos-enunciados-cjf-vi-jornada-de-direito-civil/>>>. Acesso em: 21 out. 2016.

COLÉGIO REGISTRAL DO RIO GRANDE DO SUL. **Provimento nº 48/2008**. Disponível em: <http://www.colegioregistrals.org.br/publicacoes/provimentoCompleta?id=15340>. Acesso em: 21 out. 2016.

Instituto Brasileiro de Direito de Família. IBDFAM. **A trajetória do divórcio no Brasil: a consolidação do Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/noticia/2989/A+trajet%C3%B3ria+do+div%C3%B3rcio+n>>>. Acesso em: 05 out. 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). **CPC 2015 simplifica separação de corpos**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5930/CPC+2015+simplifica+separa%C3%A7%C3%A3o+de+corpos>. Acesso em: 24 out. 2016.